Die Rechtswidrigkeit

und

Handeln im Interesse der Allgemeinheit als Rechtfertigungsgrund.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Gerhard Lowack

Referendar

Gleiwitz 1931

Druck von R. Schulze Nachfolger G. Stephan, Gleiwitz

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staats-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Wegner.

Gewidmet

meinen hochverehrten Lehrern

Professor Dr. Wilhelm Kisch-München,

Professor Dr. Ernst von Beling-München,

Professor Dr. Martin Wolff-Berlin,

Professor Dr. Artur Wegner-Breslau.

Inhalt.

Literaturverzeichnis

Abegg, Julius, Friedrich, Heinrich: De antiquissimo Romanorum iure criminali commentatio prior. Königsberg 1823.
Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. Breslau 1830.
Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. Neustadt 1836.
Ahsbas, Leo: Die Grundlinien des Notwehrrechtes. jur Diss. Kiel 1903.
Alberti, Otto von,: Notwehr heute und in den Volksrechten. jur Diss. Tübingen 1898.
Eigenmächtige Unrechtshemmung, abgesehen von Notwehr und Nothilfe. Stuttgart 1904.
Bar, L. von: Handbuch des deutschen Strafrechts 1882.
I. Band. Geschichte des deutschen Strafrechtes und der Strafrechtstheorien. Berlin.
Bauke, Leopold: Rechtswissenschaftliche Untersuchungen. Berlin 1897.
Der Schutz des § 193 RStGB bei öffentlichen Beleidigungen S. 125—206.
Baumgarten, Artur: Notstand und Notwehr 1911.
Becke, von der: Über den Krieg und seine Beziehungen auf das Criminalrecht, in „Archiv" Halle 1817.
Beling, Ernst (von): Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität Breslau 1896.
Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege. Rektoratsrede am Geburtstag des Königs Tübingen 1913.
Berner, Albert, Friedrich: Die Notwehrtheorie. „Archiv 547—598" Halle 1848.
Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung Leipzig 1872
dasselbe, 2. Auflage 1890.
(3. Auflage unveränderter Abdruck der 2. 1916.)
Bollag, Carl,: Die Grenzen der strafbaren Nötigung. jur Diss. Zürich 1900.
Broglio, Rolf, Paul: Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform. (rechtsw. Abhandl.) Bonn 1928.
Bruck, Felix: Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit. Berlin 1875.
v. Campe: Rechtsgedanken über Staatsnotwehr DJZ 1920, 486 ff.
Coenders: A. Zur Lehre vom Notrecht. JW 1925, 891 ff.
Dahn, Felix: Das Kriegsrecht Würzburg 1870.
Danenbaum, Fritz: Das Notrecht de lege ferenda jur. Diss. Freiburg Berlin 1901.
Dohna, Graf zu, Alexander: Der neueste Strafgesetzentwurf im Lichte des richtigen Rechts. Festgabe für Stammler zum 70. Geburtstage S. 255-280. Berlin u. Leipzig 1926.
Ferneck, Freiherr Alexander Hold von: Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts Jena 1903.
I. Band. Der Begriff des Rechtswidrigkeit.
II. Band. (1) Notstand und Notwehr. 1905

Fischer, Hans Albrecht: Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts.
O. Fischer's Abhandlungen München 1911.
Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Auflage Tübingen 1926.
Frauenstädt, Paul: Blutrache und Totschlagssühne im deutschen Mittelalter Leipzig 1881.
Freymond, Felix: Die Religionsdelikte des deutschen RStGBs. jur. Diss. Leipzig 1906.
Geib, Gustav: Lehrbuch des deutschen Strafrechts
1. Band. Geschichte. Leipzig 1861
2. Band. Allgemeine Lehren Leipzig 1862.
Gerland, Heinrich von: Die Geldfälschungsdelikte des deutschen StGBs. G S 59. 81—176, 241—325. Stuttgart 1901.
Der Entwurf 1925. Allgemeiner Teil. Berlin (Leipz.) 1925.
Geyer, August: Die Lehre von der Notwehr. 1857.
Zur Lehre vom Notstand. Krit. Viertelj. 5. Band 1863.
Glaser, Julius: Über Notwehr. Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht. I. Band. 193—211. Wien 1868.
Grotius, Hugo: De iure belli ac pacis 1. 3. Amsterdam 1631.
Hachenburg: Juristische Rundschau DJZ. 1920, 505 ff.
Hammacher, Emil: Der Charakter der Notstandshandlung vom rechtsphilosophischen und legislativen Standpunkte. jur. Diss. Leipzig 1907.
Heimberger, Josef: Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum, 381—424. Gießen 1907.
Hippel, Robert von: Die Tierquälerei. 1891.
Hofacker, Wilhelm: Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1921.
Die Leipziger Kriegsprozesse. Z. 43, 649—674. 1922.
Holer, Oskar: Die Einwilligung des Verletzten. jur. Diss. Zürich 1906.
Holtzendorff, Franz von: Handbuch des Völkerrechts.
I. Band. Einleitung in das Völkerrecht, 1—76. Berlin 1885.
Huber, Max: Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison. Zeitschrift für Völkerrecht. Band VII, 351—374. Breslau 1913.
Jerusalem, Franz W.: Der Fall Fryatt. Zeitschrift für Völkerrecht. Band X, 563—585 Breslau 1917/18.
Jesse, Franz: Die Tragweite der Notwehr. jur. Diss. Leipzig 1928.
John, Richard: Bemerkungen zu Urteilen der Strafsenate des Reichsgerichts. I. Nötigung. Z. 1, 222—244.
Kohler, Josef: Das Notrecht. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band 8, 412—449. Berlin und Leipzig 1914/15.
Strafrecht und Völkerrecht. Goltd. 62, 354—372. 1916.
Kronecker: Zu § 193 des StGBs. GS 38, 481—533. 1886.
Kroner: Zum Spruch des Staatsgerichtshofes vom 19. Dezember 1929. „Die Justiz" Januar 1930 (Bd. V, 4). 270 ff.
Krückmann: Das „Feme-"Urteil unhaltbar. Ein Rechtsgutachten. Deutsche Zeitung Nr. 48a. Berlin 25. 2. 1928.
Kuhn, Fritz: Die Geldfälschungsdelikte im deutschen Strafrecht. jur. Diss. Heidelberg 1907.
Kurzweg, Rudolf: Über ein Notrecht zur Verteidigung der öffentlichen Ordnung. Goltd. 70, 72—75 1926.
Dazu Bemerkungen von Klee.
Lammasch, Heinrich: Das Völkerrecht nach dem Kriege. Christiania 1917.
Lampson: Beitrag zu Feststellung des Notwehrgebietes, insbesondere durch Untersuchung der Natur der einzelnen Rechte. jur. Diss. Jena 1906.

Leipziger, Kommentar: Reichsstrafgesetzbuch, erläutert von Ebermeyer, Lobe, Rosenberg. 4. Auflage 1929.
Leonhardt, Adolf: Kommentar über das Crimminalgesetzbuch für das Königreich Hannover. I. Band. Hannover 1846.
Liszt, Franz von: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Auflage, herausgegeben von Eberhardt Schmidt Berlin 1927.
Löffler, A.: Unrecht und Notwehr. Z. 21, 537—582. Rechtswidrigkeit, Notwehr, Notstand. „Der deutsche Strafgesetzentwurf" herausgegeben von der österreichischen kriminalistischen Vereinigung, 27—45. Leipzig 1925.
Lueder, C.: Krieg und Kriegsrecht im allgemeinen. Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts. IV. Band: Die Staatsstreitigkeiten und ihre Entscheidung, 169—367. Hamburg 1889.
Luetgebrune, Walter: Wahrheit und Recht für Feme, schwarze Reichswehr und Oberleutnannt Schulz. 1928.
Mayer, Helmut: Zum Münchener Hochverratsprozeß. G S 91, 93—124. Stuttgart 1925.
Mommsen, Theodor: Römisches Strafrecht. Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. I. Abteilung. 4. Teil Leipzig 1899.
Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker. Fragen zur Rechtsvergleichung gestellt. Leipzig 1905.
(Die Beantworter sind zitiert unter diesem Titel.
Neubecker: Zur Lehre von der Notwehr. DJZ, 146—151. 1905.
Neumond, Hartwig: Der Schutz des sittlichen und religiösen Gefühls durch Notwehr. GS 56, 46—34. Stuttgart 1899.
Oetker, Friedrich: Kriegsgebrauch und Strafrecht. G S 85, 401—438. Stuttgart 1917.
Über Kriegsverbrechen. G S 91, 400—427. Stuttgart 1925.
Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand. G S 97, 411—430. Stuttgart 1929.
Olshausen, Justus von: Kommentur zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 11. Auflage 1927.
Pernice, Alfred: Labeo, römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit. 2. Auflage 2. Band. 1. Abteilung. Halle 1895.
Platon: Die Gesetze. Übersetzt und erläutert von Otto Apelt. (Felix Meiner) Leipzig 1916.
Radbruch, Gustav: Staatsnotstand, Staatsnotwehr, und Fememord. Die Justiz 5, 125—129. Berlin 1929.
Rotering: Der § 193 des RStGBs. Anliche Fälle. G S 62, 1—61. Stuttgart 1903.
Rupp, Elisabeth: Das Recht auf den Tod. jur. Diss. Straßburg 1913.
Schlayer, von: Zum Außerordentlichen kriegsrechtlichen Verfahren gegen Ausländer im besetzten Feindesgebiet. Deutsche Strafrechtszeitung. II. J. 7—14. 1915.
Schmidt, Richard: Die Aufgaben der Strafrechtspflege. Leipzig 1895.
Schoen, Paul: Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubter Handlung. Zeitschrift für Völkerrecht, Band X, Ergänzungsheft 2. Breslau 1917.
Schück, Werner: Notwehr Privater zugunsten des Staates jur. Diss. Breslau 1930,
Schwartzkopf, Heinz: Das Strafrecht Sowjetrußlands. (Strafr. Abhandl. 250.) Breslau 1929.
Seeger, Hermann: Abhandlungen aus dem Strafrechte. 3. Erörterung. Tübingen 1858.
Stern, Jacques: Die Nötigung zur Unterlassung des Selbstmordes. G S 60, 448—461. Stuttgart 1902.
Strisower, Leo: Der Krieg und die Völkerrechtsordnung. Wien 1919.

Verdroß, Alfred: Die völkerrechtliche Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten. Berlin 1920.

Wahlberg, Wilhelm Emil: Der Rechtscharakter der Selbsthilfe und der Notwehr. Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht. III. Band, 71—100. Wien 1882.

Weber, Helmuth von Das Notstandsproblem (und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen) Leipzig 1925.
Die Geldfälschungsverbrechen nach dem Entwurf von 1925. G S 93, 157 ff. Stuttgart 1926.

Wegner, Artur: Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. Hamburger Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Heft 7 Hamburg 1925.
Die Rechtswidrigkeit der Kriegsverbrechen. Z. 44, 683—694.

Wilda, Wilhelm Eduard: Geschichte des preußischen Strafrechts.
I. Band. Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.

Wittmaack. Über die Verantwortlichkeit von Angehörigen einer Armee in in Feindesland. Stuttgart 1920.

Zimmermann, Friedrich: Zur Auslegung der §§ 240 und 241 des deutschen StGBs. G S 33, 600—622. 1881.

A. Die Rechtswidrigkeit.

(Kurze Zusammenfassung der im I. Teil aufgestellten Grundsätze).

I. Das Recht ist seinem Wesen nach zunächst ein Werturteil, das von der in einer Gemeinschaft herrschenden Anschauung als dem übergeordneten Subjekt über das soziale Leben dieser Gemeinschaft als das Objekt abgegeben wird. Es erscheint so ohne Rücksicht auf seine Stellung im Rahmen anderer Wertbeziehungen zu den von ihm ergriffenen Objekten als Beziehung lediglich zu dieser Gemeinschaftsanschauung (dem sog. Gemeinwillen), und zwar stets nur als positive — Rechtsmäßigkeit — oder negative — Rechtswidrigkeit —.

Das Rechtsobjekt ist das wie immer geartete „menschliche Verhalten".

Das Recht ist nicht Selbstzweck, sondern dient dem Schutze von Interessen, die es nach ihrer größeren Nützlichkeit oder Schädlichkeit für das Gemeinwohl abwägt. Daraus erklärt sich seine Technik, die vornehmlich auf die Feststellung des Rechtwidrigen geht mit der Folge, daß alles nichtrechtswidrige menschliche Verhalten rechtmäßig ist.

Eine eigene Art des Rechtsurteils sind die Rechtsfolgen die an eine vorausgegangene Rechtswertung anknüpfen, aber ohne Rücksicht auf deren Inhalt stets positiv bewertet sind.

II. Das Recht tritt an seine Objekte jedoch nicht nur mit dem Soll der Wertung heran, sondern zugleich mit dem Muß des unbedingten Geltungsverlangens gegenüber dem Rechtsgenossen als Rechtsunterworfenem und Rechtsadressaten. Die Projektion dieses Rechts„befehls" auf die Rechtswertung ergibt einerseits das Verbot, andererseits die Erlaubnis, zwei ungleichartige Größen, die nur auf der gemeinsamen Basis der Wertung zu einander in Beziehung zu setzen sind. Beide Arten des Rechtsurteils, Rechtsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, sind also nur Eigenschaften eines Verhaltens, nie ein solches selbst.

III. Während sich jedoch das positive Werturteil (in der Wirkung auf den Rechtsunterworfenen die „Befugnis") in der Feststellung erschöpft, schafft das negative Werturteil (die „Pflicht"), eine weitere Beziehung, deren rechtlicher Charakter neuerdings

sicher nicht ganz mit Unrecht bestritten wird. Ein als rechtswidrig gekennzeichnetes Verhalten kann nämlich mit oder ohne Übereinstimmung zu dem Inneren des von dem Rechte angegangenen Rechtsgenossen stehen, seinem Bewußtsein oder Willen. Das Urteil über diese Übereinstimmung nun ist die Schuld.

IV. Die Rechtswertung als selbständige Rechtsfunktion leugnet demgegenüber die Imperativentheorie (Thon, von Ferneck); die Kongruenz von Schuld und Rechtswidrigkeit (oder wenigstens dem rechtswidrigen Verhalten, dem Unrecht) behauptet die Theorie der subjektiven Rechtswidrigkeit (Merkel). Beiden ist entgegenzuhalten der Vorwurf eines Gleichsetzens verschiedener Pflichtbegriffe. Die „Pflicht" bezeichnet zunächst lediglich die Beziehung des Rechtsunterworfenen zum Rechtshoheitsträger, ebenso wie die Befugnis. Nur in gewissen enumerierten Fällen ist darüber hinaus eine unmittelbare Beziehung von Befugnis und Pflicht zweier Rechtsgenossen geschaffen. Es wird ferner von den beiden Theorien die Selbstständigkeit des Schuldinhalts (also der Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit) übersehen, die erst durch die Schuld und die damit gegebene Bezugnahme auf die Rechtswertung ihren rechtsbedeutsamen Wert erhalten.

V. Andererseits ist mit dem „menschlichen Verhalten" als Rechtsobjekt der „rechtswidrige Zustand" aus dem Rechte auszuscheiden.

VI. In seinem „materiellen" Verhältnis zu den Rechtsobjekten erscheint das Recht als Interessenschutz. Das menschliche Verhalten ist begleitet und bestimmt von Interessen, d. h. von Beziehungen eines Wertempfindungsträgers zu einem von ihm empfundenen Werte. Dieser rechtliche Interessenbegriff ist rein formal und keineswegs mit den ihm häufig, aber nicht notwendig zugrundeliegenden „Gütern", realen wie ideellen, wesensgleich.

Rechtswertung und Rechtsbestimmung erscheinen zu den Interessen in Beziehung gesetzt, als Rechtsentscheidung und Rechtsschutz. Die Rechtswertung ergreift das menschliche Verhalten nie losgelöst aus den Beziehungen der es bewegenden Interessen, sondern als deren Produkt. Sie verurteilt demnach nie die Betätigung menschlicher Kräfte überhaupt, sondern stets nur in Beziehung auf andere entgegenwirkende Interessen und gibt damit die Entscheidung nur für den Fall des Gegeneinanderwirkens zweier Interessen, die tatsächlich unvereinbar mit einander sind. Hierbei gibt sie natürlich nur die Wertung für alle möglicherweise entstehenden Konflikte, die ein menschliches Verhalten erzeugt. Es gibt kein „an sich" berechtigtes Gut oder Interesse.

VII. Jedes menschliche Verhalten kann, muß aber nicht zwei Interessen voraussetzen. Stets ist es aber mindestens von

einem Interesse getragen. Auch hier bleibt das Recht Entscheidungsnorm. Eines Rechtsschutzes dagegen bedarf ein als rechtmäßig gewertetes Verhalten bloß gelten entgegenstehendes anderes Interesse, also im Kollisionsfall. Unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes ist daher die Behauptung möglich: „Das Recht ist Lösung von Interessenkollisionen". Geschieht nun die Rechtswertung bei dieser Beschränkung stets für den Fall einer Beziehung des Interesses zu dem ihm entgegengesetzten, so ist die Tatsache dieser Beziehung der „Rechtsfall". Rechtsfall ist somit der tatsächliche Zustand, in dem zwei Interessen dergestalt kollidieren, daß beide nicht nebeneinander bestehen können.

VIII. Der Rechtsfall erscheint in der Literatur unter der Bezeichnung des Notstandes bezw. des Notrechtes. Er ist jedoch absolut wesensverschieden von dem subjektiven Notstandsprinzips, das etwa in den §§ 52, 54 StGB in Erscheinung tritt. Er ist andererseits auch kein Sonderfall der Rechtswertung, sondern die Tatsache der Rechtskollision schlechthin, die ja das Unterliegen eines Interesses (wenn auch nicht eines realen Gutes) notwendig voraussetzt. Die üblicherweise als Notstand charakterisierten Beispiele sind dagegen **im Rahmen** des Rechtsfalles nur inhaltlich schwieriger und differenzierter zu beurteilen, aber wesensgleich.

Es gibt demnach auch kein „Notstandsprinzip", sondern nur die allgemeinen Rechtsprinzipien, die in ihrer Grundlage aus dem Begriffe des Rechts genommen werden, in ihrer Ausbildung den positiven Rechten entstammen, deren Ausfüllung aber gerade Aufgabe der Rechtswertung ist, die also vielleicht die Erkenntnis des Rechtsinhalts vermitteln, aber nicht diesen selbst darstellen.

IX. Die Rechts- oder Rechtsfallprinzipien sind „Güterwert"- und „Verhältnis(Stabilitäts")prinzip. Das erste enthält die Frage des Interessenwertverhältnisses (in concreto, als dessen Grundlage wieder das in abstracto) überhaupt, das zweite die „Verhältnismäßigkeit", wann ein zunächst in „Ruhe" befindliches Interesse einem in „Gefahr" befindlichen aufgeopfert werden kann oder muß, wie groß in diesem Falle die Wertdifferenz sein muß. (§ 904 BGB.)

X. Die an einem Verhalten bestehenden Interessen sind zweifacher Art. Entsprechend der rechtlichen Zweckrichtung „Ausgleich des individual-kollektiven Gegensatzes" ergeben sich hier der einzelne und die „Allgemeinheit" als Blickpunkte. Die Allgemeinheit ist stets beteiligt. Sie geht mit der ihr eigenen Wertung, eben dem Recht, an das soziale Leben heran, ohne sich dabei durch schon vorhandene Interessen anderes beeinflussen zu lassen als durch die Skala ihrer allgemeinen Bedeutung[1]). Die „Agemeinheit" stellt nun

[1]) Davon ist streng zu scheiden der rechtsinhaltliche „materielle" Grundsatz, daß die allgemeine Bedeutung eines Verhaltens lediglich durch das Vorhandensein eines privaten Interesses bedingt sein kann.

aber nichts anderes dar als eine Summe von Individuen: Die Interessen der Allgemeinheit sind darum auch solche der einzelnen, und es ergibt sich damit eine gegenseitige Relation. Das Interesse des einzelnen aber ist — im Gegensatz zu dem allgemeinen — kein einheitliches, während das Interesse am „Unterbleiben" der Verletzung „eigener" Rechtsgüter ihm als das primäre erscheint, als eines, um dessentwillen das Recht überhaupt besteht, treffen ihn die Verletzungen der Allgemeinheit nur mittelbar, nur weil sie das Recht als solche ansieht. Umgekehrt ist das Privatinteresse ein rechtliches nur, weil und soweit das Recht es anerkennt. Die Differenz der sich somit ergebenden „individuellen" und „allgemeinen" Interessen geht somit auf den einzelnen und nicht auf die Allgemeinheit zurück und zwar aus psychologischen Gründen. Daraus ergibt sich die Grenze der beiden Kategorien. Wenn man die Allgemeinheit im Verhältnis zum einzelnen auflöst, so erhält man als Träger ihrer Anschauung alle in der rechtssetzenden Gemeinschaft zusammengefaßten Individuen außer jeweils einem, dem Sonderinteressierten, dessen „Rechtssphäre" im Hinblick auf die anderen Gemeinschaftsglieder abgegrenzt werden soll. Das Individualinteresse muß nun gemessen am Rechte dem Individuum größer erscheinen als das der anderen, seine Verletzung muß drückender empfunden werden; die anderen werden durch die Verletzung nur auf einem Umwege über einen Denkprozeß oder ein entsprechendes Gefühl, nicht durch ein unmittelbares Eingreifen betroffen. Somit erscheint als Verletzung eines Privatinteresses ein Verhalten, durch das ein einzelner in seiner Rechtssphäre unmittelbar betroffen wird, während das Mitinteresse aller anderen nur wachgerufen wird durch gedankliche Reflexion eines gleichgearteten Übels gegen sich selbst.

XI. Es gibt nie eine Wahrnehmung berechtigter Interessen. Es kann nach dem Gesagten nur die Verwirklichung eines Interesses im Wiederstreit zweier solcher geben und für berechtigt erklärt werden. Da nun auch eine Verwirklichung des unberechtigten Interesses möglich ist, gibt es lediglich berechtigte oder unberechtigte Wahrnehmung von Interessen. Jedenfalls ist aber dieser Begriff ohne jede inhaltliche Bedeutung; er setzt eine stattgehabte Wertung voraus, schafft aber nie eine solche.

XII. Die Frage nach den Rechtsquellen (das Problem der sog. materiellen Rechtswidrigkeit) kann nach dem Vorangegangenen auch nur lauten: Die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit von Äußerungen und Kundgebungen, aber unter Ausschluß jedes außerrechtlichen Prinzips, das nicht einmal notwendig erkenntnisweisend ist, sondern mit dem konkreten Rechte sogar in Widerspruch stehen kann.

B. Handeln im Interesse der Allgemeinheit als Rechtfertigungsgrund.

Einleitung.

§ 1. Vorfragen. Abgrenzung.

„Jede Bearbeitung der Lehren vom Notstand und der Notwehr wird, wenn sie nicht ganz auf der Oberfläche bleiben will, notwendigerweise auf die obersten Grundsätze des Rechtes überhaupt zurückführen."

Diese Erkenntnis Geyers[1]) ist in den ihm nachfolgenden Bearbeitungen der Notstandslehre so häufig wiederholt worden, daß es keiner Begründung mehr bedarf, wenn bei dem Thema „Das Handeln im Interesse der Allgemeinheit" zunächst auf die grundlegenden Anschauungen von dem Rechte zurückgegriffen wird. Obwohl aber der Einfluß, den die Auffassung von dem Recht und seinen Funktionen auf seinen Inhalt ausübt, ständig betont wird, ist man heute weit davon entfernt, die logische Notwendigkeit einer einheitlichen Betrachtung jedes Rechtsphänomens anzuerkennen Als Grundlage einer solchen Arbeit war daher hinzuweisen auf die Unabhängigkeit der Rechtswertung und damit des sie ausfüllenden Rechtsinhaltes von irgendwelchen Momenten subjektiver Natur. von Pflichtbewußtsein und Pflichtwidrigkeit auf der einen, von außerrechtlichen Phänomenen irgendwelcher Art auf der anderen Seite. Daraus ergab sich ferner die Erkenntnis von dem einheitlichen Einsatz des gesamten Rechtsinhaltes, gleich in welchem Gesetze oder mit welchen Beziehungen er erscheinen mochte, auf jeden Sachverhalt des sozialen Lebens, sofern er nur auf menschliches Verhalten zurückzuführen war. Auch der Umfang der Fälle, die in dem vorliegenden Teile zu untersuchen sind, ist bereits umrissen worden. Es scheidet nach dem Thema begrifflich alles Verhalten aus, das im Interesse des Individuums, des Rechtsgenossen unternommen wird, mag es nun zu seinen eigenen Lasten oder zu denen eines

[1]) Kritische Vierteljahrsschrift 1863 S. 63.

anderen Rechtsgenossen oder denen jener objektivierten Summe aller anderen Genossen, der Allgemeinheit, geschehen müssen.

Die Grenzformel ist schon im I. Teile gegeben worden. Es werden demnach nur noch Fälle, die auf den ersten Blick ihre Zugehörigkeit nach ihr nicht erkennen lassen, auszusondern und einzureihen sein. Es erscheint zunächst unzweifelhaft, daß Leben, Körper, „Freiheit", Eigentum, Besitz, Vermögen, insbesondere Forderungen, und die Ehre im Sinne des äußeren Wertes, den die Gesellschaft dem einzelnen beimißt, solche Güter des einzelnen sind. Wer im Rahmen seiner „Rechtssphäre" eines der genannten Güter gebraucht, also ein Interesse betätigt, das von der Rechtsordnung als berechtigt (in concreto) anerkannt ist, handelt in „berechtigter Wahrnehmung seiner Interessen", richtiger „seines Interesses", da im Einzelfalle eben nur ein (formelles) Interesse wahrgenommen werden kann. Das Wort „Interesse" ist im folgenden nicht im vorher gekennzeichneten formellen Sinne gebraucht, sondern im allgemein üblichen des tatsächlichen materiellen Gutes oder Wertes irrealer aber subjektiver Natur. Bei genauer Anwendung der Begriffe kann natürlich die „Berechtigung" einer Wahrnehmung „berechtigter öffentlicher Interessen" garnicht in Frage stehen; denn eine solche Berechtigung ist immer nur unter Berücksichtigung des konkreten Verhaltens zu bejahen, bei nicht organschaftlichen öffentlichen Interessenwahrnehmungen also mit Einschluß des Momentes der Rechtssicherheit.

Die Beibehaltung des „materiellen" Interessenbegriffes empfiehlt sich aber wegen der hier neu eintretenden Wertungsimponderabilien aus dem Begriffe des Staatsorgans und damit der Monopolisierung gewisser Tätigkeiten aus Zweckmäßigkeitsgründen.

Ist nun ein sog. öffentliches Interesse als berechtigt anerkannt, d. h. sind die Motive, ist der Inhalt, der das berechtigte Interesse ausfüllt, zum überwiegenden Teile von allgemeinen und nur mittelbar von Einzelinteressen ausgefüllt, so bedeutet die Durchsetzung dieses öffentlichen Interesses dem Nichtberechtigten, sei es einem privaten oder einem öffentlichen gegenüber, die berechtigte Wahrnehmung öffentlicher Interessen und diese ist an sich in gleichem Maße möglich wie die eines privaten. Wie aber das private Interesse keineswegs immer durchgesetzt werden muß, sondern grundsätzlich nur durchgesetzt werden darf, so daß die Durchsetzung des privaten Interesses durch jemand anderen als den unmittelbaren Träger grundsätzlich von dem Vorhandensein des Durchsetzungswillens bei dem Träger abhängig zu machen sein wird, ebenso bedeutet das Vorhandensein einer öffentlichen Berechtigung nicht ohne weiteres die Berechtigung für jeden, sie wie die eingene wahrzunehmen. Dieser Grundsatz, daß ein Durchsetzungswille bei dem unmittelbar Berechtigten

vorhanden sein muß oder doch wenigstens nicht ein der Durchsetzung entgegenstehender Wille vorhanden sein darf, wenn der Eingriff eines Dritten gestattet sein soll, ist mit der hier vertretenen Meinung insoweit — und wohl überhaupt allein — vereinbar gemacht worden, als bei diesen unmittelbaren möglichen Interessen des einzelnen eben mangels eines Interesses des unmittelbaren Trägers ein Interesse an dem berechtigten Geschehen dann überhaupt nicht mehr vorhanden ist und das andere Interesse damit im allgemeinen ohne weiteres überwiegt. Die hieraus sich ergebende Komplikationen — vergl. die Frage des volenti non fit iniuria — gründen sich lediglich auf den tatsächlichen „absoluten" Wert gewisser Lebensgüter und betreffen die rechtliche „Gütererhaltungspräsumption". Ist das allgemeine Interesse nicht von dem Bestehen der privaten abhängig (wie beim Selbstmord), so bleibt natürlich trotz Aufgabe durch den unmittelbaren Träger die Wahrnehmungsbefugnis des Dritten bestehen. Die Aufgabe eines realen Gutes, dessen Erhaltung im Falle einer Kollision gegenüber einem bestimmten Interesse berechtigt wäre, durch „die Allgemeinheit" kann nun in normalem Sinne nicht praktisch werden. Statt dessen tritt an die Stelle der Öffentlichkeit die Dispositionsbefugnis eines Delegierten, des sog. Staats„organs" über die „Güter" der Allgemeinheit. Das Staatsorgan ist mit dem Rechte oder der Rechtsgemeinschaft nicht logisch verbunden.

Organ einer Gemeinschaft sein bedeutet die Gewährung von Befugnissen, z. T. auch Auferlegung von Pflichten, die einem bestimmten Rechtsgenossen und zwar nur diesem einzelnen persönlich über das Maß der den anderen belassenen Machtsphäre gewährt werden. Die formelle Legitimation beruht also auf einem Sonderauftrag seitens der Rechtsgenossenschaft in deren Interesse. Die die Stellung des Organs umschreibende Wertung ist eine Ausnahmewertung gegenüber der „normalen" Wertung und daher entsprechend der Negativität der Rechtswertung ediglich positiver Natur. Sie gibt daher nur Befugnisse und erlegt nur Gebote auf. Die Verbote und auch den anderen Menschen gestatteten Befugnisse dieser Organe ergeben sich aus der allgemeinen Rechtsgenossenschaft und berühren die Organstellung nicht. Die Haftung des Organs bestimmt sich lediglich nach dem Umfange des Auftrages, das heißt nach dem Umfange der besonderen Befugnisse und Gebote. Zu unterscheiden sind hiervon insbesondere „Pflichten", die mit Rücksicht auf die Organstellung bestehen, so Standespflichten. Deren Erfüllung ist natürlich kein organschaftliches Handeln. Ihre Nichtbefolgung betrifft nur die Ernennung oder Belassung der Organstellung, die Qualifikation dazu, hat mit dieser selbst aber nichts zu tun. Vom Organ zu unterscheiden ist ferner der Begriff des „Beamten", der die Qualifi-

kation des einzelnen Menschen, nicht seines **Handelns** zum Organ bezeichnet: Wer eine Amtsunterschlagung begeht, handelt als Beamter, nicht als Staatsorgan. In diesem Sinne sagt auch Wegner[2]) bezüglich des Soldaten: „Der Begriff der Kriegshandlung ergibt sich als der eines staatlichen Hoheitsaktes, nicht soziologisch aus der Zugehörigkeit des Handelnden zum Heeresverbande, sondern juristisch als Funktion rechtlicher Befugnisse! Die Macht, diese Befugnisse näher zu beschreiben, hat das Landesrecht dem Völkerrecht übertragen". Auf die hiermit zusammenhängende sehr umstrittene Frage nach der Möglichkeit eines sog. „Staatsunrechts" kann hier natürlich nicht eingegangen werden. Es ist allein möglich, aus der hier geäußerten Gesamtauffassung vom Recht die Folgerungen zu ziehen und speziell anzuwenden. Kontroverse Kelsen und Goldschmidt.[3])

Auch sonst bleibt das rechtswidrige Verhalten eines Beamten ein solches „eines Beamten"; insbesondere bleibt die Haftung des Staates für seine Beamten aus § 31, 89 BGB und den Beamtengesetzen. Die Haftung läßt aber die mangelnde Qualifizierung eines solchen Verhaltens als nicht organschaftlichen unberührt. (Die Haftung tritt gesetzesmotivisch für die schlechte Auswahl ein, nicht für die schlechte Handlung)

Die Betrachtung des Organbegriffes als Kennzeichnung sachlicher, nicht persönlicher Berechtigung ist in der Literatur keineswegs restlos anerkannt. Hier wirkt besonders verwirrend, daß man bei der generellen rechtlichen Beurteilung einer sozialen Tatsache nur die Rechtsgenossen als „Privatpersonen" in Gleich-

---

2) Kriminelles Unrecht.

3) Hierüber vermittelt sehr gut Verdroß.

2) Ähnliches kriminelles Unrecht 10: „Staatsgewalt ist nicht ein Heer von Regierungsbeamten, sondern eine Summe von Befugnissen, eine Funktion aus Rechtssätzen."

Zu 2: Kennzeichnend für die Gleichsetzung von Staatsorgan und Beamten ist die Verfügung des preußischen Justizministers vom 22. März 1922 (JMBl 311): „Die Sicherung von Versammlungen, die Ausübung von Straßen- und Postendienst, die Abwehr hochverräterischer Unternehmungen ist ausschließlich Sache der Polizei, kraft des ihr anvertrauten öffentlichen Amtes. Vereinigungen, deren Zweck die Erfüllung derartiger Aufgaben ist, laufen den Strafgesetzen zuwider, da § 132 StGB die Amtsanmaßung mit Strafe bedroht."

Nach der Verfügung wäre demnach die unberechtigte Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses, die einem zuständigen Organ jedoch gestattet wäre, Amtsanmaßung. Wäre auch einem Organ ein solches Handeln nicht erlaubt, so läge „lediglich" ein rechtswidriges Verhalten vor. Damit wird die Situation zum Ausgangspunkt der Betrachtung gemacht und nicht der Handelnde, dessen Verhalten durch die mögliche Berechtigung eines Staatsorgans überhaupt nicht berührt wird. Demgegenüber soll § 132 StGB einen treffen, der „Beamten spielen" will und als solcher auftritt. Die zweite Alternative dieses Paragraphen ließe allerdings formell eine andere Deutung zu, kann aber zusammenhangsgemäß nur den angedeuteten Fall treffen wollen.

ordnung nebeneinander berücksichtigt. Der einzelne als „Organ" der Allgemeinheit, als Beamter oder Soldat, erscheint dem gegenüber in der Ausübung seiner öffentlichen Funktionen als „ausgenommen". An seine Handlung wird sofort ein anderer, ein „Beamten"maßstab gelegt, der zum Teil bis zur vollen Exinierung des Amtsträgers von der rechtlichen Beurteilung geführt hat. Demgegenüber ist die Handlung des einzelnen zunächst allein im Verhältnis zu dem Interesse des anderen, des Verletzten zu betrachten, ohne Rücksicht darauf, wie sich sein Verhalten qualifiziert. Erst bei der Betrachtung der Art und Weise der Lösung tritt die Organstellung auf. Hier werden dann die öffentlichen zum Teil durch amtliche Bestellung dokumentierten Interessen, die mit dem Willen des Handelnden, die Oeffentlichkeit zu vertreten, zugleich seine eigenen werden, nur — häufig, keineswegs immer — gegenüber den individuellen des „Verletzten" den Ausschlag geben.

Auch das organschaftliche Handeln ist zugunsten eines Privatinteresses oder als öffentliche Interessenwahrnehmung möglich. Das Recht setzt hier ein bei der materiellen Wahrnehmung bei einem Gegeneinanderwirken öffentlicher und privater Interessen und begründet dann durch Privilegierung des öffentlichen Interesses die formelle Legitimation.

Dieser Gedanke ist bedeutsam geworden bei dem Volksbegehren über das „deutsche Freiheitsgesetz". Die Zulässigkeit des von der preußischen Regierung Braun an die Beamten erlassenen Eintragungsverbotes ist mit Kroner [4]) zu Recht von der Vorfrage abhängig zu machen, ob das „Rechtsgut" der Wahlfreiheit als „Recht" des einzelnen dem „Rechtsgut" der Treue des Beamten gegenüber dem Staat als „Recht" der Allgemeinheit voranzugehen oder nachzustehen habe. Das Handeln der Regierung Braun wurde nun von dieser als „Handeln im Interesse der Allgemeinheit" bezeichnet und der eben gezeigte Konfliktsfall ist „an sich" allgemein materieller Natur.

Da nun aber die Maßnahmen der Regierung Braun lediglich disziplinarer Natur gewesen sind, auch mit dem Gut oder Interesse der „Treue des Beamten gegen den Staat" begrifflich nur ein disziplinares, formell-legitimierendes Verhalten in Frage stehen kann, fällt die Lösung dieses Konfliktes nicht in die materielle Berechtigung zum Handeln. Das Rechtswidrigkeitsurteil über das Verhalten der Regierung, das der Staatsgerichtshof ausgesprochen hat, nimmt diesem den Charakter eines organschaftlichen Handelns; ein Rechtsmäßigkeitsurteil würde aber nur eine formelle Legitimation bejaht haben. [5])

[4]) Zum Spruch des Staatsgerichtshofes vom 19. 12. 1929 in der „Justiz" I 1930 S. 270 ff., insbesondere 275.

[5]) Eine Vermischung von Organ und Beamten findet sich vor allem bei Hofacker, Rechtswidrigkeit 21.

Die Befugnis des Staatsorgans nun ist die sog. formelle Legitimation. Das besagt, daß jemand, dessen Berechtigung durch gewisse Förmlichkeiten festgestellt werden muß und zumeist als solche offensichtlich ist, allein mit der Wahrnehmung der allgemeinen Interessen betraut ist und auf Grund seiner formellen Gewalt in deren Rahmen die Entscheidung über Wahrnehmung des öffentlichen Interesses im Einzelfalle hat, und zwar, soweit seine Legitimation reicht, allein und unanfechtbar. Die Staatsorgane sind daher gewissermaßen die Instanz der öffentlichen, insbesondere staatlichen Willensäußerung, die damit dem anscheinend berechtigten öffentlichen Interesse die materielle Berechtigung schafft oder wenigstens — negativ — nehmen kann. Soweit im Rahmen der Verfügungsfähigkeit, der Legitimation, eine Entscheidung über Wahrnehmung oder Aufgabe des dem Interesse zugrundeliegenden Gutes ergeht, ist der nichtlegitimierte Einzelne von einer eigenen Entscheidung und entsprechendem Handeln ausgeschlossen.

Diese Legitimation, die lediglich an formelle Voraussetzungen geknüpft ist und persönlich oder dinglich an die Innehabung eines Amtes gebunden ist, ist im einzelnen im öffentlichen Recht zu prüfen und festzustellen. Sie ist die Aufgabe der Staatsverfassung.

Nur insoweit ist eine Einteilung des Rechtes in öffentliches und privates möglich. Die Staatsverfassung ist wiederum eine Abzweigung des öffentlichen Rechtes, indem sie die Verhältnisse einzelner nicht in ihrer Eigenschaft als Rechtsgenossen, sondern als formell Legitimierter ordnet. Das Verhältnis eines formell Legitimierten zum einzelnen Rechtsgenossen ist im „Verwaltungsrecht" dargestellt. Wollte man die Pflicht des einzelnen Rechtsgenossen und seine rechtliche Stellung zur Gesamtheit allein zum Grenzpunkt machen wie die Normentheorie, so würde alles Recht öffentlich sein müssen. Die formelle Legitimation kennzeichnet sich auch inhaltlich dahin, daß ihre Grenzen flüssiger sind als die der materiellen Legitimation. Sie ist abhängig nicht so sehr von Kulturströmungen und Rechtsanschauungen als vielmehr von Tagesbedürfnissen und technischer Zweckmäßigkeit.

Die so geschilderte formelle Legitimation[6]) soll nun in vollem Umfange aus der Betrachtung ausscheiden. Ihre Darstellung findet sich in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen. Hier soll es sich nur um die Feststellung handeln, in wie weit jemand nur in seiner Eigenschaft als Rechtsgenosse, also ohne jede formelle Berechtigung befugt ist, öffentliche Interessen durchzuführen, wahrzunehmen.

Mit der formellen Legitimation scheidet noch ein weiteres stark umstrittenes Problem aus der Betrachtung, nämlich das des

---

[6]) Auch Schück gebraucht, wie ich sehe, den Begriff der formellen Legitimation, jedoch in Beschränkung auf Fälle, die als **außerordentliche** Einsetzung von Staatsorganen zu bezeichnen wäre. Diese besondere, zumeist auf kurze Zeit bemessene Legitimation von Staatsorganen bietet jedoch keine systematische Besonderheit den sonstigen Organen, insbesondere den Soldaten gegenüber.

sog. Staatsnotstandes, das heißt die Frage, ob dem Staate ein unbedingtes Recht auf Selbsterhaltung zuzubilligen sei, so daß er im Falle einer Existenzgefahr berechtigt wäre, über die ihn selbst bindende Rechtsordnung hinaus in die Rechtsgüter seiner Untertanen einzugreifen. Die Bejahung dieser Frage kann nur entweder aus ähnlichen Gedankengängen wie bei dem Notstand des Strafgesetzbuches, also quasisubjektiven erfolgen oder unter der Annahme, daß selbst die Gesamtheit der Individuen als solcher dem Kollektivum sich zu opfern habe. Die Beantwortung der Frage wird der Welt- bezw. Staatsanschauung des Beurteilers überlassen bleiben; in jedem Falle aber handelt es sich hierbei seitens des eingreifenden Staates um organschaftliches Handeln, um die Begrenzung eben der organschaftlichen Gewalt und nicht um Einzeleingriffe „Privater" zugunsten des Staates, deren Rechtmäaibkeit gerade im Rahmen der Rechtsordnung geprüft werden soll. Auch das Kriegsrecht der Staaten im Sinne von „berechtigten Kriegshandlungen" fällt nicht unter das Thema. Jedoch sind hierbei die Grenzen von formeller und materieller Legitimation so stark verwischt, daß bei der Betrachtung materieller Kriegslegitimation die gesamten für den Krieg geltenden Grundsätze nicht zu übergehen sein werden.

Es soll endlich eine weitere Frage nicht behandelt werden, die in dem Rahmen derartiger Abhandlungen Raum zu finden pflegt. Das ist die Frage nach der Zulässigkeit an sich für berechtigt erklärter Handlungen zugunsten der Allgemeinheit, insbesondere des Staates, sofern der öffentliche Interessenträger, wiederum insbesondere der Staat durch das zuständige Staatsorgan die Notwehr- oder Notrechtshandlung nicht verlangt oder gar verboten hat. Diese Fragen sind hauptsächlich tatsächlicher Natur und werden durch das gleichermaßen bei der Notwehr wie bei dem Rechtsfall erhebliche Requisit der „Erforderlichkeit" berührt. Sofern derartige Verbote seitens der berufenen Staatsbeamten rechtswidrig, das heißt nicht auftragsgemäß sind, müssen sie als unerheblich angesehen werden, da sie garnicht als Willenserklärungen des Staates zu werten sind. Das ergibt sich aus dem hier geschilderten Begriff des Staatsorgans. Es würde also, wenn man dem tatsächlichen Vorbringen der Revision folgen wollte, in dem Fall des Kapp-Putsches [7]) der der Staatsnotwehr entgegengesetzte Wille der Regierung unerheblich gewesen sein, wenn die Regierung selbst die verfassungsangreifende Handlung unternommen oder unterstützt hätte.

Es wird aber in den angedeuteten Fällen noch eine Ausdehnung über die rechtswidrigen Handlungen bezüglich der Erfor-

---

[7]) R G St. 56, 259 ff.

derlichkeit zu machen sein, nämlich für die dem Ermessen des Staatsorganes überlassenen Willenserklärungen. Hier wird dem rechtmäßigen, aber aus der Annahme falscher oder falscher Beurteilung einer vorhandenen Sachlage folgende Entscheidungen des Organs kein Einfluß auf die Rechtmäßigkeit des Einzelhandelns zuzuerkennen sein. [8])

Wenn ein Verhalten im Rahmen der hier gegebenen Grenzen nach dem Rechtsurteil geprüft werden soll, so liegt nach dem Gesagten nunmehr auch die einzuhaltende Reihenfolge auf der Hand. Das Vorhandensein einer formellen Legitimation enthebt den Beurteiler der Prüfung nach dem Vorliegen einer „materiellen". Denn im Sinne der Rechtswertung ist die „formelle" Legitimation natürlich eben so eine „materielle" Berechtigung wie die jedem Rechtsgenossen zustehende. Der formell-materielle Unterschied liegt lediglich in den Voraussetzungen der Berechtigung, die sich das eine Mal in äußeren formellen (nämlich Bestattungs)akten erschöpfen, während sie das andere Mal ohne Rücksicht auf die Person eine Prüfung der rechtsinhaltlichen Grundlage, insbesondere des Wertverhältnisses und der Proportionalität nötig machen. Diese Prüfung ist bei der formellen Legitimation natürlich ebenso nötig; sie ist aber durch den Gesetzgeber vorweggenommen und im Interesse der Rechtssicherheit allein durch äußerlich erkennbare „formulare" Voraussetzungen ersetzt. Es ist daher systematisch einem Verfahren nicht zuzustimmen, das das Verhalten eines durch eine formelle Legitimation gedeckten Staatsorgans, das im Rahmen des speziellen amtlichen Auftrages liegt, aus allgemeinen materiellen Gesichtspunkten rechtfertigt. Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht einmal soweit ausgedehnt, daß es sogar für das Handeln nicht formell Legitimierter lediglich mit Rücksicht auf das Vorhandensein einer formellen Legitimation (für andere) die materielle Berechtigung in Zweifel zieht und ein Notrecht zugunsten des Staates allein wegen des für den Reichspräsidenten, also ein Staatsorgan in Art. 48 RV begründetes Recht nicht erkennen will.[9]) Derselbe Gedanke ist gleich dem Texte von einem Zivilsenat ausgesprochen[10]) worden, so daß die in der letzten Entscheidung enthaltene Berufung der Polizei für ihre Sicherheitsmaßnahmen auf die Notwehr nur in ihren rechtsinhaltlichen Gedanken zu bekämpfen ist, nämlich, daß die Polizeigesetze nicht ohnehin die Befugnisse gewährten, die durch das Notwehrrecht gegeben sind.[11])

[8]) Vergl. hierüber im einzelnen Schück.

[9]) RGSt. 63, 22.

[10]) RGZ. 117, 141 f.

[11]) Anderer Meinung Bähr 58, Oetker VD 257 (sogar in der Form der Nothilfe). Auch Kitzinger, Verbrechenhinderung 97.

Bei der Prüfung *eines* konkreten Verhaltens setzt somit zunächst die Frage der formellen, sodann bei Verneinung dieser die der materiellen Legitimation ein. Das besagt aber selbstverständlich nicht, daß das Vorhandensein einer formellen Legitimation eine materielle überhaupt (bei anderen) ausschließt.

Aus der hier dargelegten Organstellung ergibt sich ferner, daß nicht in das Thema gehört das sog. Revolutionsrecht eines Volkes oder allgemein die Frage, ob Notwehr auch gegen Amtspersonen zulässig sei. Denn hier sind zwei Fälle denkbar: Einmal daß ein Beamter unter Überschreitung seiner Legitimation in die Rechte des einzelnen oder der Allgemeinheit eingreift. Das ist z. T. Frage der individuellen Notwehr; soweit es öffentliche Güter betrifft, aber handelt es sich seitens des Beamten nicht mehr um organschaftliches Handeln[12]), sondern um Handeln eines Einzelmenschen, das den *allgemeinen* Grundsätzen unterliegt. Der zweite Fall wäre, daß im Rahmen der Gesetzgebung, also legal, in die bisherigen Rechte der einzelnen eingegriffen wird, etwa Grundrechte aufgehoben werden usw. Sofern hier überhaupt eine Handhabe des einzelnen bestünde, — man denke etwa an Legalisation von Minderheitsbeschlüssen — kann es sich lediglich um politische Maßnahmen handeln, die, wie Revolutionen von überaus wichtigen rechtlichen Folgen sein können, aber selbst niemals rechtlichen Charakter an sich haben[13]). Die Abhandlungen über „Notwehr gegen Amtspersonen“ und „das Revolutionsrecht“ können sich daher nur darauf beschränken, die Grenzen der formellen Legitimation zu prüfen und gewisse zweifelhafte Fälle zu behandeln.

Subjektiv angriffsfähig ist also bei der Staatsnotwehr jeder Rechtsgenosse, ein Beamter wie ein „Privater“. Daher wäre die Verteidigung der Kapp-Putsch-Angeklagten, die Reichsregierung habe die Verfassung angreifen wollen, nicht mit Rücksicht darauf unerheblich, daß eben die Regierung die Handelnde wäre. Die Handlung eines Staatsorgans kann dagegen nie zur Notwehr berechtigen, da ein organschaftliches Handeln nie rechtswidrig ist. Die Literatur bezeichnet das „materiell“ berechtigte Handeln im Gegensatz zur formellen Legitimation als „privates“ oder das „eines Privaten“.

---

12) das auch nicht bei individuellen Gütern, die nur schon vorher aus der Betrachtung scheiden.

13) So Schaper 143: „Das sog. Recht zur Revolution, zum Hochverrat in vermeintlicher Notwehr, ist für den Strafrichter nicht vorhanden; denn es verneint, was dieser als bestehend voraussetzen muß, die Staatsordnung, und berührt das Gebiet nicht, auf welchem die Notwehr allein ihren Boden hat, das Gebiet des persönlichen Angriffes und der persönlichen Abwehr. Andere Fragen, ob gelingende Staatsumwälzungen nicht dazu führen, gewisse Güter tatsächlich außerhalb des bisherigen Strafrechtsschutzes zu stellen“.

Liegt die eine Grenze des Themas in der Wahrnehmung von Einzelinteressen, so liegt die andere, wie im ersten Teile bereits hervorgehoben ist, in dem positiven, heut geltenden deutschen Rechte. Daher sind alle Handlungen der Betrachtung entzogen, zu deren Rechtfertigung sich der zu beurteilende Rechtsgenosse auf ein „anderes" „höheres" „richtigeres" Recht beruft. Auch seine Verteidigung geht dahin, er handele im Interesse der Allgemeinheit, im Interesse der allen innewohnenden und Gehorsam heischenden Rechtsidee. Dahin gehört „der vom einzelnen als einzelnen geführte Kampf um das Recht, getätigt aus bewußter Opposition gegen den im Rechtssatz erklärten oder als erklärt angenommenen Gesetzeswillen, getätigt ferner aus der inneren Überzeugung, gerade durch persönliches Eingreifen den Schutzgedanken des Rechtes oder auch der eigenen Sache am besten dienen zu können[14])", also der Zivilkourageur Endemanns und von diesem Begriffe teilweise umfaßt, der in den neuen Entwürfen genannte Überzeugungsverbrecher[15]). Die Beurteilung dieses rechtlichen Phänomens gehört nämlich überhaupt nicht mehr in das Gebiet strafrechtlicher Bewertung. Endemann[16]) erkennt selbst an, daß die Rechtsordnung „ihren eigenen Bestand nicht um des edlen Motives des Rechtsbrechers aufgeben darf". So muß bei dem Überzeugungsverbrecher sogar die Schuld eines Täters festgestellt sein, damit die Frage nach seinem sozialethischen Motiv, dem Handeln im Interesse der Allgemeinheit, überhaupt aufgeworfen werden kann. Hier hat die Rechtspolitik, die Rechtstaktik einzusetzen und die Achtung vor einem Gegner, dem gegenüber man zu richten sich letztlich nicht berufen fühlen kann, vor dem sich zu schützen aber Gebot der Selbsterhaltung ist. Die Gesetzbücher lassen unzweideutig erkennen, daß sie den Unterschied zwischen ihrer „Moral" und und einer Sozialethik des einzelnen wohl gewahrt wissen wollen.

Damit ist das Thema in seinen Grenzen festgelegt. Es wird also bei den Betrachtungen vorausgesetzt, daß es sich um den Rechtsfall (im allgemeinen und bei der Notwehr insbesondere um eine „erforderliche" Verteidigung) handelt und daß lediglich noch die Interessen des einzelnen und der Allgemeinheit einander und die der Allgemeinheit untereinander sich gegenüberstehen. Hier die Wert- und Verhältnisprinzipien anzudeuten und zu begründen, ist damit die Aufgabe dieses zweiten Teiles der Abhandlung. Dabei kann aber nur eben eine Andeutung aller hier erheblichen Momente in Frage kommen. Es geht nicht an, die Probleme mit der Aufstellung einiger weniger Prinzipien zu erschöpfen. Die Lösungen sind vielmehr zahlreich wie die Fälle des Lebens selbst.

---

[14]) S. 6. [15]) Entwurf 1925 § 71, Entwurf 1927 § 72. [16]) S. 8.

Es handelt sich um eine besonders verzweigte Kasuistik, die an diesen Grenzen des Ausgleichs individualistischer und öffentlicher Interessen zutage tritt. Die Behandlung der Lösung ist zudem dadurch erschwert, daß die Fragen die Tummelplätze aufgewühlter politischer Meinungen geworden sind. Die reichhaltigste Literatur über diese Probleme wäre, wenn sie nicht durch ihren rein polemischen Charakter so oberflächlich bliebe, der Tagespresse und nicht des wissenschaftlichen Schriftstellern zu entnehmen.

Daß die politische Grundeinstellung des einzelnen bei diesen Fragen stark in die Entscheidung eingreifen wird, ist aus der Natur der Sache unvermeidlich. Das Problem des individual-kollektiven Ausgleiches ist ja gerade die Aufgabe der Politik, und es liegt wahrlich nicht an ihr, wenn sie zum Spielball wirtschaftlicher oder intoleranter außerrechtlicher koalitioneller Interessen geworden ist. Und gerade diese Fragen müssen für ihre Entscheidung mehr denn je zurückgeführt werden auf jene übergesetzlichen Kräfte des rechtlichen Wollens in einem Volke, deren Vorhandensein häufig nur in scheinbar weit ab liegenden Symptomen entdeckt werden kann, aber dort auch unzweideutig gefunden werden kann, weil diese Symptome mit Naturkausalität aus diesen Kräften sich ergeben. Und wer den Zusammenhang zwischen dem wirklichen positiven, wenn auch übergesetzlichen Recht mit diesen tatsächlichen Vorgängen erkannt hat, dem wird auch vor der ganz schwierigen Entscheidung in den Einzelfällen nicht bangen. Die Arbeit kann nur einen kleinen Beitrag bringen zu der Aufdeckung dieser Zusammenhänge und die hervorstechendsten wissenschaftlichen, aber mehr noch die praktisch am meisten und tiefsten in Erscheinung getretenen Fälle behandeln. Die Einzellösung muß dem Richter überlassen bleiben. Und ich möchte an dieser Stelle nicht verfehlen, unserer Rechtsprechung, insbesondere der höchstrichterlichen trotz mancher gegnerischen Stellungnahme im einzelnen das Vertrauen und den Dank dafür auszusprechen, daß sie es trotz aller politischen Schwierigkeiten verstanden hat, auch in diesen Fragen den Weg des Rechtes nicht zu verlieren, daß sie insbesondere nicht, getragen von politischen Strömungen aller Art, Recht zu schaffen suchte, für das der eine oder andere Allgemeingültigkeit beanspruchen zu können vermeinte, sondern daß es ihr restlos gelungen ist, Richter, das heißt Sucher des Rechtes zu sein. Ob sie auch Finder des Rechtes gewesen sei, kann aus unserer Zeit heraus nicht entschieden werden. Das aber bleibt schließlich auch unerheblich.

Diese Gedanken bitte ich auch meiner Arbeit nicht versagen zu wollen, wie immer ihre Ergebnisse vom Standpunkte des Politikers aus erscheinen mögen.

I. Abschnitt. Notwehr zugunsten der Allgemeinheit.

§ 2. Die Geschichte der Notwehr zugunsten der Allgemeinheit.

Die Frage, ob die Durchführung oder Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses durch einen Privaten gestattet ist, hängt von der „Berechtigung“ des wahrzunehmenden „Interesses“ in concreto ab, die nicht vorhanden ist, wenn eine Wahrnehmung lediglich aus formeller Legitimation vorliegt, und also der Frage der besonderen Handlungslegitimation. Diese Zweiteilung ist, wie bereits hervorgehoben, bereits ein Überschreiten des formellen Interessebegriffes und eine Zerlegung in seine Imponderabilien; denn bei der Frage, ob eine Interessenwahrnehmung berechtigt ist, kann ein „berechtigtes“ Interesse garnicht vorhanden sein.

Es werden also die allgemeinen und auch besonderen Gesichtspunkte aufzufinden sein, die die Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses durch einen „Privaten“ als in ihrer sozialen Nützlichkeit gegenüber dem Interesse an dem Unterbleiben des Verhaltens überwiegend feststellen. Dieses unterliegende Interesse braucht eben garnicht immer „an sich“ rechtswidrig zu sein. Es liegt also ein besonderer Fall, und zwar ein bisher überaus selten behandelter Fall des „Notstandes“ im Sinne der Literatur vor.

Bei der Entscheidung dieser Rechtsfälle wird zunächst für die einzelnen generellen Kollisionen das Wertverhältnis der kollidierenden Interessen zu untersuchen und dann das heut geltende Prinzip zu finden sein, das für den Vorrang der Interessen im Verhältnis zu einander anzuwenden ist.

In dieser Summe von Einzelkollisionen nimmt ein Fall eine Sonderstellung ein. Er ist derart herausgehoben und andererseits so allgemeiner Natur, daß sich seine räumliche Vorstellung vor die anderen Rechtsfälle rechtfertigt. Wie wenn in einem Kreise eine Gruppe speziell gleichgearteter sich befindet und nunmehr jede Bezeichnung sachlicher Art des Verhältnisses der Außenstehenden zu dieser Gruppe nur durch diese Gruppe bezeichnet werden kann positiv oder negativ, so stellt die Notwehr den Kulminationspunkt dar, an dem die gesamte Fragestellung des Themas zweckmäßig am besten behandelt wird.

Die Notwehr, in dem nach Binding „bestgelungenen Paragraphen unserer Gesetzgebung“, § 53 StGB und ferner in § 227 BGB definiert als

> „diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden“

ist insofern der allgemeinste Faktor unserer Gesetzgebung, ja des Rechtes überhaupt, als er grundsätzlich lediglich auf der Kontroverse „Recht gegen Unrecht" basiert. Die Wahrnehmung des Rechtes gegen das Unrecht bedeutet Notwehr.

Die Notwehr ist damit gegenüber dem Rechtsfall und hierdurch der berechtigten Interessenwahrnehmung im allgemeinen durch zwei Momente ausgezeichnet. Einmal, materiell, dadurch, daß auf der einen Seite der Kollision, und zwar der nichtberechtigten, stets nur private Interessen auftreten können, die Rechtssphäre eines Rechtsgenossen, während auf der anderen, der berechtigten, möglicherweise auf öffentliche erscheinen können (und nur diese fallen in den Rahmen der Arbeit). Dann aber, daß die Notwehr eine stattgehabte Rechtswertung bereits voraussetzt, also eine Rechtsfolge im eigentlichen Sinne darstellt. Und zwar betrifft sie nicht das Verhältnis des berechtigten Interesses zu dem nichtberechtigten — das ist der ursprüngliche Rechtsfall — sondern, — und darin liegt ihre ursprüngliche Rechtswertungsfunktion — das Verhältnis des berechtigten Interesses zu dem unmittelbaren menschlichen Träger des nichtberechtigten. Sofern nämlich der Träger eines in der Erstkollision für nichtberechtigt erklärten Interesses den Versuch macht, dem Rechte zuwider das nichtberechtigte Interesse tatsächlich zur Durchsetzung zu bringen, tritt jene eigenartige, uns nur noch im Völkerrechte wieder begegnende „Haftung der Persönlichkeit und ihrer Rechtssphäre für das rechtswidrige Verhalten" ein. Diese Haftung ist die Notwehr. Ihre geschichtliche Entwickelung läßt diese systematische Feststellung klar werden, obwohl man der Notwehr eine geschichtliche Entwickelung abgeleugnet hat.[1] Sie ist aber so alt wie das Recht und so wandlungsfähig bezüglich dessen Grundgedanken: des sozial-individuellen Interessenausgleichs. Ihre Geschichte hängt daher eng zusammen mit der des Rechtes, speziell der der Rechtsdurchsetzung überhaupt, wobei von vornherein hervorgehoben werden mag, daß speziell strafrechtliche Gesichtspunkte hier zunächst garnicht auftauchen, wie die Notwehr systematisch mit dem Strafrecht überhaupt keine Verbindung, sondern darin nur praktisch die stärkste Bedeutung hat.

Die primitivste geschichtlich erkennbare Form des Rechtes bestand lediglich in der Anerkennung der gegenseitigen vorhandenen oder übertragenen Machtsphären und damit deren Erhebung zu rechtlich gesicherten Gütern; auch zeigen sich hier schon verschiedene Rechtswillensträger wie Stamm, Sippe, Familie mit größeren oder kleineren jeweils weiterer „autonomer" Feststellung unterworfenen Güterkreisen. „Überall, wo es Menschen gibt, lebt in den einzelnen das Gefühl und das Bewußtsein einer allgemein gültigen

[1]) Geib II 228 und Nachfolger z. B. Lampson 15.

rechtlichen Ordnung, welcher sich zu fügen jeder gezwungen werden darf."[2])

Die Rechtsetzung geschieht also lediglich in der Form des nachher sog. Gewohnheitsrechtes. Eine besondere in ihrer Zuständigkeit umrissene Gewalt zur Durchsetzung dieses gewohnheitsmäßig gebildeten und fortgeübten Rechtes gab es nicht; es bedurfte ihrer auch nicht; denn die gemeinschaftlich zusammengefaßten Rechtsgenossen traten einzeln, zu mehreren oder alle je nach Notwendigkeit gegen einen Rechtsbrecher auf und wandelten gegebenenfalls den durch ein rechtswidriges Handeln geschaffenen unrechtmäßigen Zustand wieder in den ursprünglichen um: Der angegriffene Besitzer wehrte den Räuber ab, die Sippe setzte den vertriebenen Berechtigten durch Verjagung des Entziehers wieder in den Besitz ein. Alle diese Tatsachen sind gleichermaßen Verwirklichung des Rechtes, Durchsetzung der von der Rechtsgenossenschaft autoritativ festgestellten Güterverteilungsordnung. Der Mangel eines eigenen staatlichen oder sonst gemeinschaftlichen Organs zur Aufrechterhaltung der Friedensordnung vermag diese Funktionen natürlich nicht in „unrechtliche", tatsächliche zu wandeln. Sie waren die gewohnheitsmäßig — wie alles Recht — festgelegte und damit erlaubte „rechtmäßige" Durchsetzung des Rechtes.[3])

Der positive Kern jeder Rechtsordnung erscheint hier in seiner ungezwungensten, durch keine tatsächlichen Mängel einer staatlichen Verwaltung verkümmerten Form: Dies und jenes ist Recht, und alles, was zur Schaffung oder Aufrechterhaltung des durch die rechtlichen Kollisionslösung geschaffenen Zustandes dient, ist ebenfalls Recht. Unterschiedslos wird die beabsichtigte oder die durchgeführte Rechtsverletzung behandelt. Die Erkenntnis, daß Recht konsolidierte Macht ist und bleibt, läßt gegen den Rechtsbrecher nur die Einsetzung der das Recht stützenden Kräfte zu nach der Notwendigkeit ihres Einsatzes. Reichen die Kräfte der dem Angegriffenen zugewiesenen Gütersphäre aus, so bleibt ihm die Rechtsdurchsetzung allein überlassen; erscheinen seine Machtmittel dem Angreifer gegenüber zu gering, so holt er die Rechtsgenossen herbei, die mit ihm Träger der in der Rechtsordnung niedergeschlagenen Machtverteilung sind. Dabei macht es keinen Unterschied, ob indessen der Besitz des Angegriffenen entwert worden ist oder ob nur ohne Eintritt der Genossen die Entwerung unvermeidlich wäre, ob es sich also um Notwehr oder Rechtsreparation im heutigen Sinne handelt.

In vorgerückter Rechtsperiode werden allmählich die Gewalten eingesetzt, die als „Organe" der Rechtsentstehung und Verwirklichung

[2]) Seeger 174.

[3]) Diese Darstellung im allgemeinen oder speziell für das germanische und römische Recht findet sich bei Seeger 174, Allonas 5, Bähr 15, Abegg Untersuchungen 123, Lehrbuch 169, Pernice 80, Remy 11, Stillmark 31, Willserodt 1.

bezeichnet werden können, wie das germanische Volksting oder das Zwölfmännerkollegium.[4])

Nirgend erscheint die Scheidung von Rechtssetzung und von Rechtsverwirklichung so klar wie in der geschichtlichen Entwickelung, zugleich der stärkste Beleg gegen M. E. Mayers Auffassung, das Rechte richte sich nur an die staatlichen Organe, die es gerade zur Anwendung zu bringen haben. Die Notwendigkeit, Staats- oder Gemeinschaftsorgane einzusetzen, ergibt sich immer erst aus praktischen Gesichspunkten, wenn die Rechtsfunktionen durch alle Rechtsgenossen aus tatsächlichen Gründen (Größe des Territoriums, wachsende Zahl der Rechtsgenossen) nicht mehr ausgeübt werden können. Hier werden allmählich rechtliche Aufgaben, die bisher jedem Rechtsgenossen als solchem zustanden, einzelnen monopolistisch übertragen. Diese einzelnen Staatsorgane, erscheinen dann zunächst persönlich, später auch mittelbar durch anerkannte Rechtsakte als Vertretungsberechtigte, B e a u f t r a g t e der an den Rechtsfunktionenwahrnehmung verhinderten Rechtsgenossen. Die persönliche Beauftragung hat sich noch bis heute in den Formen der Wahl zu den gesetzgebenden Körperschaften erhalten.

Den Gemeinschaftsorganen stehen nun gegenüber die Gemeinschaftsv e r t r e t e r, gewählte oder geduldete, aber nicht beauftragte Funktionäre der Gemeinschaft, deren Tätigkeit keine gesetzlichen oder persönlichen Grenzen kennt, die nicht Vertreter der einzelnen Gemeinschaftsglieder in ihrer Eigenschaft als solcher, sondern Vertreter des objektivierten Gemeinschaftskörpers sind. (So die Monarchen).

Die Rechtssetzung nun, sei es in der Volksversammlung oder durch Gewohnheitsrecht, ist von jeher, unlöslich mit dem Wesen des Rechtes verknüpft, Funktion der Gemeinschaft oder der Gemeinschaftsv e r t r e t e r gewesen und geblieben. Ein solches Handeln als Mitglied der Gemeinschaft, sei es unmittelbar oder als Vertreter ihrer M i t g l i e d e r aber bedeutet Mangel jeder individuellen rechtlichen Verantwortlichkeit. Eine derartige Tätigkeit ist rein wertend, unterworfen der unbeeinflußbaren Überzeugung des einzelnen. Mängel solchen Handelns sind politischer Natur, die Haftung für solche ist ebenfalls politisch, das heißt tatsächlich, Ausfluß von Machtfaktoren. Es ergeben sich somit mit dem Eingreifen des „Gemeinschaftsorgans“ mehrere stark zu scheidende Figuren.

Einmal das Handeln als Rechtsgenosse (alter Ting, Bürgerversammlung in Appenzell).

Zweitens das Handeln als Vertreter mehrerer Rechtsgenossen (heutige gesetzgebende Körperschaften).

---

[4]) „In Selbsthilfe und Gewohnheitsrecht kommt der rechtliche Volkswille zu einer materiell ebenso berechtigten Geltung wie durch die Tätigkeit von Staatsgewalten. Aber die Art und Weise, wie er zu dieser Geltung kommt, steht auf niedriger Stufe“. (Seeger 175).

Beide mit lediglich politischer Verantwortung.

Drittens das Handeln als Beauftragter der Rechtsgenossenschaft: Staatsorgan, im Rahmen des Auftrages nicht, sonst rechtlich verantwortlich.

Viertens das Handeln als Vertreter der Rechtsgenossenschaft mit z. T. rechtlicher, z. T. politischer, jedenfalls persönlicher Verantwortlichkeit. (Monarch.)

Das rechtsetzende Gemeindeglied ist damit auch nicht Organ der Gemeinschaft, sondern Teil derselben, ein Teil der dynamischen Faktoren, die in der Gemeinschaft die Bildung des Gemeinwillens beeinflussen. Daher ist diese Beteiligung der Rechtsgenossen an der Rechtsetzung auch nicht übertragbar. Jedes, auch das technisch von Vertretern verfaßte Recht bleibt damit Produkt der gesamten Rechtsgemeinschaft, die nicht nur durch verfassungsmäßig gewährte Rechte, sondern vor allem durch die ursprüngliche Form der Rechtsetzung, die Gewohnheit oder schließlich formalen Rechtsbruch, die Möglichkeit eines jederzeitigen Eingriffes in die Rechtsetzung behält. Auch die Rechtsverwirklichung, das sind also im wesentlichen die Funktionen des heutigen Prozeßrechtes, war zunächst Aufgabe aller Mitglieder der Rechtsgemeinschaft oder ihrer Vertreter.

Die wichtigste und zeitlich primäre Rechtsschutzfunktion war die Feststellung des angegriffenen, verletzten oder bestrittenen Rechtes auf erhobene Klage. Der Zuspruch bedeutet dabei nur eine autoritative und damit von allen Rechtsgenossen als „recht" anerkannte Gewährleistung eines Rechtszustandes. Technisch gingen hierbei die Funktionen der Rechtsetzung und der Feststellung über den Klageanspruch häufig in einander über. Die Rechtsprechung ist auch bald, selbst im Rahmen der Gemeinschaftsversammlung, auserwählten Männern als Organen übertragen worden.

Die Durchführung des einmal festgestellten Rechtes blieb nun aber immer noch Aufgabe der Rechtsgenossen, einzelner oder einer Mehrheit von ihnen. Auch hier war es noch gleichgültig, ob es sich um Verhinderung eines Rechtsbruches oder um Restitution handelte. J e d e r Rechtsgenosse ist Rechtsvollstreckungsorgan, in erster Linie aber der, dem gegenüber sich der Verletzer des besseren Rechtes berühmt hat. Über die Rechtmäßigkeit der Verteidigungshandlung gleichermaßen wie die des wiedereinsetzenden Angriffes entscheidet dabei regelmäßig die rechtsprechende Behörde erst nachher mit einem Urteil, das den vorliegenden Zustand in seiner rechtlichen Eigenschaft würdigt und damit möglicherweise bei Mißbilligung desselben, auch für die Zukunft neue zu vollstreckende Rechtsverhälnisse schafft.

In diesem Zusammenhange erscheint der einzelne auch als Vollstrecker einer „Urform der Strafe".

Auch das germanische Friedlosigkeitsurteil ist nichts weiter als die Feststellung, daß der Täter den ihm zur Last gelegten Rechtsbruch begangen hat. Weder die Friedlosigkeit noch die auf ihrer Grundlage vollzogene Tötung erscheint aber zunächst als eine Sühne für eine Straftat; vielmehr ist die Friedlosigkeit eine durch das Gericht getroffene (Feuerprobe, Duell) Feststellung einer Rechtsverletzung insbesondere einer rechtswidrigen Tötung. Die bei der Verletzung irreparabler Güter auftretende Rechtsverwirklichung ist die Talion (Bibel). Sie gibt den Rechtsgenossen das Recht zur Tötung als der Durchsetzung des verletzten Rechtes. Insoweit liegt keine Strafe vor,[5]) die ja außer dem verletzten Gut als Imponderrabile jenen Bindingschen Ungehorsam, die Zuwiderhandlung gegen die Rechtsordnung rechtspolitisch berücksichtigt. Mit dem Aufkommen eines Sühnegedankens (allgemeinen Friedens**bruches** als besonderer Qualifikation der Tat) bei der Rechtsvollstreckung dagegen hört trotz anfänglicher formeller Gleichheit der Vollstreckungs„organe" (das heißt also des Verletzten) die Verbindung mit der Notwehr auf. Hier ist schon ein Mehr vorhanden als bloße Rechtsdurchsetzung, Gedanken der Prävention, Vergeltung im Sinne eines den Täter treffenden **Übels**. Es beginnt die Subjektivierung der Rechtsfolge, die nicht mehr den herbeigeführten Zustand allein betrachtet und — reparieren läßt, sondern den Verursacher des Zustandes treffen will, den Täter. (Den Unterschied von Recht und Strafe zeichnet gut Abegg, Untersuchungen 123). Die Rechtsdurchsetzung erschöpft sich nunmehr in der Notwehr oder der Reparation und bleibt in diesem Umfange dem einzelnen als Rechtsträger überlassen. Er handelt hier im Rahmen der für ihn durch die Gemeinschaft autoritativ festgestellten Rechtssphäre nicht etwa in Vertretung oder als Organ der Gemeinschaft. Die Rechtsdurchsetzung kennt daher nur die normalrechtliche Folge und keine Trennung von Zivil- und Strafrecht.

Auch die Rechtsgenossen, die den einzelnen bei seiner Rechtsverwirklichung unterstützen, sind nicht Organe oder Vertreter der

---

[5]) Daß schon die Rache nicht lediglich Übung egoistisch-unkultivierter Triebe ist, sondern zugleich Dienst an der Gemeinschaft, insbesondere auch an der damals als Staatsreligion erscheinenden Religion, betont v. Bar Handbuch 5. Ähnlich Wilda 153: „Die Rache ist die roheste Weise, in welcher die Herrschaft des Rechts hervortritt, da sie nur im allgemeinen eine Reaktion gegen das Unrecht enthält, während alles übrige dem Zufall überlassen bleibt." Noch genauer S. 164: „Da der Racheübende sich verantworten, dartun mußte, daß der Getötete den Frieden gebrochen, und da der Friedensbrecher, sobald seine Schuld festgestellt war, als Friedloser von jedem erschlagen werden konnte, so war die Rache gewissermaßen eine Vollstreckung vor dem Urteil. Sie war aber selbst ein Rechtsinstitut, nicht bloß Ersatz der Sitte für das Strafrecht". Ähnlich auch Frauenstädt 2: „Die Blutrache ist nicht Rache, sondern erste ursprüngliche Rechtsverteidigung".

Gesamtheit. Dazu fehlt ihnen schon irgend eine besondere Delegation. Sie erscheinen vielmehr an der Aufrechterhaltung des von der Gemeinschaft anerkannten und geschützten Friedenszustandes, der in dem Angriff auf den einzelnen Rechtsgenossen gestört wird, selbst interessiert und verteidigen mit dem Rechtsbestand des Genossen sich selbst und den als persönliches Gut empfundenen und anerkannten Frieden.[6]) In dem Augenblicke nun, wo — mit Unterscheidung in absolute und relative — die Friedlosigkeit Reaktion auf jeden Friedensbruch wird, wo sie als das Äquivalent für die in jedem Rechtsbruche liegende „irreale" Verletzung des Rechtsfriedens, der Rechtserhaltung erscheint, liegt bereits systematisch die Trennung von der Notwehr vor. Beide Arten von Rechtsverwirklichung, im Sinne einer Gütererhaltung und Durchsetzung der angegriffenen Rechts- und im Sinne der Friedensmacht gegen den Angreifer haben den gleichen Ursprung; sie trennen sich dort, wo das Allgemeininteresse an der Durchsetzung des Rechtes nicht mehr nur in dem Inneren der Rechtsgenossen liegt, ein Teil des ihnen zugehörigen Rechtsinteresses ist, sondern abstrahiert wird, Eigenleben erhält und neben das Interesse des einzelnen an der Aufrechterhaltung der Friedensordnung das Interesse der Gesamtheit daran als dritter Größe stellt. Erst mit dem bewußten Gegenüberstellen des objektivierten Gemeinschaftsbegriffes gegen das genossenschaftliche Interesse des einzelnen entsteht der ausschließende Gegensatz von unmittelbarer und mittelbarer Rechtsverwirklichung, von Rechtsvollstreckung und Strafe.

Zusammengefaßt ist also zu sagen, daß Besitzschutz, Besitzverschaffung und Rache anfänglich gemeinsam auftreten, und zwar nur als Rechtsverwirklichung in Sinne der Durchsetzung „subjektiver" Rechte (in denen sich allerdings zunächst das objektive Recht erschöpfte), nicht im strengen Sinne, sondern in der Bedeutung individualistischer Güter. Erst als die Rache zur „Sühne" wird, als die Friedensstörung (die freilich schon immer vorhanden und empfunden war) eine eigene besondere hinzutretende Qualifikation bedeutet, abhängig von dem Entstehen eines auch gegen den und die Rechtsgenossen auftretenden neuen Subjektes, beginnt die „Strafe", die neben der unmittelbaren Rechtsdurchsetzung eigene Ziele verfolgt und sich dadurch von der bloßen Rechtsdurchsetzung wesentlich unterscheidet. Ihre Entstehung zeigt ihre Abhängigkeit von dem Staatsbegriff i. w. S.; daß ihre Vollstreckung zunächst noch Sache der einzelnen Rechtsgenossen blieb, beruhte lediglich darauf, daß die eben geschilderten Übergänge sich nicht mit mathematischer Linienführung vollzogen.

---

[6]) Alberti Notwehr heute... 12/13: „Nothilfe ist im allgemeinen die Bezeugung solidarischen Rechtsstandpunktes".

Insoweit ist die Polemik Albertis, die Friedlosigkeit habe mit der Begründung des Notwehrrechtes nichts zu schaffen,[7]) richtig. Aber es darf nicht übersehen werden — und das wird für die Behandlung der Notwehr das Entscheidende sein — daß die Wurzeln beider die gleichen sind, nämlich die Ausübung der Rechtsfunktionen durch den Rechtsgenossen; und wenn auch die Strafvollstreckung, Tötung nach ergangenem Friedlosigkeitsurteil, zunächst dem einzelnen überlassen wurde, so ist eben anfangs immer noch auch das Allgemeininteresse an der Aufrechterhaltung der Friedensordnung als ein Teil der Rechtsordnung überhaupt ebenfalls umfaßt von dem Interesse des einzelnen an der Rechtsordnung und seiner eigenen Verantwortung für ihre Erhaltung. Mit dem Erstarken des objektivierten Allgemeininteresses, seiner Gegensetzung gegen den einzelnen und der Betreuung von Organen geht dann unmerklich das Interesse des einzelnen an der Rechtsordnung überhaupt zurück, im besonderen Maße dann aber an der Strafe. Die Verantwortung für die Erhaltung des Rechtes ist ihm dann von der Schulter genommen. Die Frage, ob die — absolute oder relative — germanische Friedlosigkeit Ursprung der Notwehr sei oder nicht, ist daher für unser Ergebnis bedeutungslos. [8])

Eine Verbindung jedes einzelnen Gemeinschaftsgliedes mit dem Rechtsfrieden war jedoch zunächst selbstverständlicher Ausfluß seiner Stellung in den ursprünglichen kleinen Rechtsgemeinschaften wie Familien, Sippen oder Stämmen. Sie verblaßt und verschwindet dann zu einer Zeit, in der eine zentrale Landesgewalt, der König, die Verantwortung für die „Regierung“ übernimmt, für Rechtsprechung und Rechtsdurchsetzung, ja geht sogar zurück, soweit die Verantwortung für die Rechts e n t s t e h u n g dem einzelnen verbleibt und äußert sich hier in stärkster Toleranz für die Rechtsetzung des Gemeinschafts„vertreters“.

Die Staatsgewalt nimmt im letzten Stadium dieser Rechtsentwickelung in schwer von einander abgrenzbaren Zeitepochen auch die letzte Rechtsmacht, die dem einzelnen als Gemeinschaftsglied geblieben war, die Erhaltung des ihm von der Gemeinschaft gewährleisteten Rechtes, für sich in Anspruch und überträgt sie als Rechtsvollstreckung staatlichen Organen, das heißt Einzelpersonen, die nicht kraft ihrer Gemeinschaftsmitgliedschaft die Funktionen der Gemeinschaft ausüben, sondern kraft besonderen Auftrages und mit gewöhnlicher Verantwortlichkeit außerhalb dieses Auftrages.

Zunächst wird die Rechtsverwirklichung bei Verletzung irreparabler Güter, später auch die reparabler Güter Staatsmonopol. Der Grund für diese Entwickelung lag in den praktisch ungerechten

---

[7]) Notwehr heute und in den Volksrechten S. 3.

[8]) Vergl. hierzu einmal Brunner 56/57, auf der anderen Seite Alberti 6 ff., Jaeger 35.

Folgen, die der Versuch einer Wiedereinsetzung des Berechtigten in seine Rechtssphäre zeitigte. Die Rechtsdurchsetzung war abhängig von der Macht, die dem Berechtigten oder dem Rechtsbrecher zur Verfügung stand. Für unbedingte Durchsetzung des Rechtes bot diese Art keine sichere Gewähr, da keineswegs für alle Volksgenossen, höchstens für die Sippeangehörigen eine Rechtshilfepflicht bestand und selbst bei einer solchen keine andere Möglichkeit zur Durchsetzung dieser Pflicht als durch Schwächung der gegen den dritten Rechtsbrecher anwendbaren Gewalt. Diese Erwägungen, rein praktischer Natur, gehen von der Erkenntnis aus, daß er einer stets bereiten Zentralgewalt eher möglich sein würde, das Recht zu verwirklichen, als durch Einsatz der immer stärker vermischten und durcheinandergeworfenen Familien. Sie mußten daher notgedrungen ihre Grenze dort finden, wo das Eingreifen der Zentralgewalt dem Ziel „möglichst rasche und übersichtliche Rechtsdurchsetzung“ nur hemmend entgegenstehen konnte. Das aber war dann der Fall, wenn der in seinem Recht Bedrohte in der Lage war, sein Recht selbst zu schützen, solange noch er den Rechtsschein nicht aufgegeben hatte oder solange der Verletzer für sich nicht den zu entkräftenden Rechtsschein geltend machen konnte. Damit ergab sich der Unterschied von Rechtsbehauptung und Durchsetzung eines festgestellten aber verletzten Rechtes und für die erstere die Rechtmäßigkeit der Notwehr. Alle anderen Funktionen des einzelnen für die Gemeinschaft und ihr Recht sind ihm entzogen. Aber auch die ihm verbliebene Berechtigung zur Notwehr findet dort einen Abschluß, wo seine Interessen enden. Wo die Staatsgewalt in der Lage und gewillt ist, mit eigenen Mitteln für den Bestand der festgesetzten Güterordnung im allgemeinen einzutreten und sie zu gewährleisten, erscheint das Recht des einzelnen beschränkt auf die Erhaltung der ihm unmittelbar zugestandenen Güter; in Zeiten staatlicher Ohnmacht **oder besonderer Sicherheit**[9]) tritt das Interesse des einzelnen an dem Bestand der rechtlich geschützten Lebensordnung im allgemeinen stärker hervor.

Das Hervortreten der Notwehrberechtigung als selbständiges Rechtsinstitut setzt demnach bereits eine Rechtsverfassung voraus, in der die Rache und sonstige Rechtsdurchsetzungsbefugnisse des einzelnen zurückgewiesen, verboten sind, so daß die Notwehrbefugnis als letztes und nach menschlichem Ermessen nie vermeidliches Rechtsverteidigungsinstitut, klar und scharf umgrenzt, hervortritt. [10])

Die Durchsetzung des Zentralgedankens bei der Rechtsgemeinschaftsverwaltung, insbesondere Rechtsexekution, schuf naturgemäß zunächst schärfste individualistische Reaktion. War der Gemeinschafts-

[9]) d. h. außenpolitischer Ruhe und innenpolitischen reifen Gemeinschaftsempfindens.

[10]) So Hälschner 243/4.

gedanke bisher überhaupt nur als ein Teil der **eigenen** Interessensphäre erschienen der außerhalb des einzelnen Rechtsgenossen gar kein Dasein zu haben schien — und auch nicht zu haben brauchte, solange dieses individuelle Gemeinschaftsgefühl die Gewähr für Durchführung der Gemeinschaftsinteressen aus einer gewissen Triebhaftigkeit heraus bot —, so wurde mit dem Auftreten des Zentralgedankens das erste Mal dem Rechtsgenossen die Besonderheit und Selbständigkeit der Gemeinschaftsinteressen seinen persönlichen gegenüber bewußt. Das rief bei ihm schärfste Ablehnung dieser Interessen hervor, dieser Gewalt, von der er eine Art unbewußter Erkenntnis hatte, daß sie seinen Interessen einmal konträr entgegenlaufen könnte und daß sie mit Sicherheit dabei die stärkere bleiben würde. So wuchs eine Opposition gegen die nicht von der Rechtsgenossen Gnaden eigenmächtig sich durchsetzende Gemeinschaft stärkster individualistischer Art, obwohl die sie verkörpernden Rechtsgenossen vielleicht ein tieferes Gemeinschaftsempfinden gekannt haben mögen als je eine Zeit nach ihnen. Nur der soziale Begriff des eigenen objektivierten Gemeininteresses war ihnen noch fremd.

Mit dem Zentralgedanken wurde die Rechtsreparation aus der Rechtsdurchsetzung endgültig herausgenommen und in einen Gegensatz zu der nunmehr als Notwehr erscheinenden Rechtsverteidigung gebracht. Bedurfte es zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes ohnehin einer neuen Angriffsaktion gegen den unrechtmäßigen Besitzer, so sollte auch die Exekutionsberechtigung schon vorher feststehen. Dann aber sollte sie auch gestützt werden durch die Gewalt der zentralisierten, von den einzelnen unabhängigen Gemeinschaft.

Die Notwehr war aber von den Kräfteverhältnissen des einzelnen zu dem Angreifer nicht abhängig. Sie war bloß Verteidigungsbefugnis, stellte aber im Hinblick auf die ja bei Versagen der Verteidigungsmaßnahmen einsetzende Reparation immer nur ein vorläufiges und nur bei zweifelloser Berechtigung endgültiges Rechtsdurchsetzungsmittel dar. Aber auch die Notwehr wurde auf das rechtlich und tatsächlich überhaupt zulässige Maß beschränkt. Insbesondere wurde der Rechtsschein, der Besitzgedanke in den Vordergrund geschoben, die Offensichtlichkeit der zu verteidigenden Berechtigung. Damit trat zu dem grundlegenden Faktor der Notwehr, dem Gegensatz von Recht und Unrecht, ein zweites Erfordernis, das bis in die heutige Zeit besteht und weiter bestehen dürfte und das auch sprachlich bei der Trennung der Notwehr von der übrigen Rechtsdurchsetzung seinen Niederschlag gefunden hat, in dem Begriff der: Not. Das Besitzmoment — bei der Person nicht besonders hervorzuheben, — ist ausschlaggebend für den Umfang der zu schützenden Notwehrgüter. Nur was der Person des Rechtsgenossen zugehört und was in seinem Besitz sich befindet,

dem Rechtsschein zu seinen Gunsten unterliegt, ist notwehrfähig. Unter diesem „Besitz“ soll keineswegs das Eigentum ausgeschlossen werden; Besitz bedeutet hier vielmehr das Verhältnis des Rechtsgenossen zur Sachgüterwelt, wobei die Differenzierungen der Sachherrschaft dahingestellt bleiben dürfen.

Schroff ergibt sich daraus eine Abgrenzung der Individual- und der Kollektivsphäre. Die Rechtsverteidigung ist nur als Selbstverteidigung gestattet. Der einzelne scheidet so weit als möglich als Vollzieher des Gemeinschaftswillens aus, zugunsten einer Art „Staat“, der als solcher freilich erst mit der völkerrechtlichen Betrachtung erscheint. Der Staat, vertreten durch den König oder den Herzog, hat nunmehr die einzige Vollziehungskompetenz durch die „Beamten“, insbesondere das Militär.

Die danach einsetzende Rechtsperiode ist gekennzeichnet von dem Bestreben, die Individualinteressen den allgemeinen objektivierten anzugleichen, die letzte Gleichheit beider erkenntlich zu machen. Abwechselnd erscheinen Schwankungen nach den Extremen, die hervorgerufen werden gleichermaßen durch Radikalisierung der Individual- wie aber auch der Staatstendenzen. Also Tendenzvon- statt zueinander. Der Staat, der in seinen Bürgern nur „Untertanen“ sieht, nur Pflichtsubjekte, die seinem Machtgedanken aufzuopfern sind, ist ebenso schuld an einer asozialen Entwickelung der einzelnen Rechtsgenossen, wie etwa der extreme Individualismus eines Max Stirner. Besonders bezeichnend ist dann der Einfluß außenpolitischer Schwäche, die zumeist bei beiden Parteien ein Entgegenkommen erzwingt, freilich auch mangels jeden Gemeinschaftsgefühls auf beiden Seiten zu Länder- und Völkerhandel führt, ebenso seitens der Regierenden, also des Staates wie seitens der einzelnen.

Mit dem wechselnden Verhältnis der Einzel- und der Allgemeininteressen wechselt auch die Beteiligung des einzelnen am Staate und seinen Funktionen. Das Staatsorgan ist bereits als praktische Notwendigkeit gekennzeichnet worden. Aus dem Wachsen der organschaftlichen Aufgaben oder der aufkommenden Unzuverlässigkeit der Staatsbeamten — Söldnerheere — ergeben sich zwei Möglichkeiten. Entweder die Individuen nützen die dadurch hervorgerufene Schwäche des Staates zur Individualisierung ihrer Rechte aus oder sie unterstützen ihn durch freiwillige Übernahme organschaftlichen Handelns. Mit der geschichtlich nun aber feststehenden Präcedenz des Staates vor dem einzelnen ist auch für das Individuum das erstrebenswerte Ziel Erlangung eines Staatsamtes. Und die Übernahme eines Staatamtes (auch und zumeist eines unbesoldeten der Legislative und Jurisdiktion) und die dadurch begründete Verantwortlichkeit den anderen Genossen gegenüber schafft allmählich ebenfalls eine soziale Beziehung des ur-

sprünglich individuell Interessierten zu der Gemeinschaft im allgemeinen. Und so führt — verschieden nur in Ursache und Wirkung — der Weg jedes Staates allmählich zu der „Sozialisierung" der Rechtsgenossen.

Mit der „generellen" Beteiligung des Rechtsgenossen an der Rechtsgemeinschaft ändert sich auch das Recht der Notwehr in dem Umfange der ihr unterliegenden Güter. Hat die Rechtsordnung seinerzeit die Selbsthilfe beschränkt, weil sie ihr zu wenig zuverlässig, zu stark egoistisch betont schien, so ergibt sich daraus, daß mit größerem Verantwortungsbewußtsein des einzelnen der Gesamtheit gegenüber auch die Notwehr wieder ausdehnungsfähig ist. Von dem „tatsächlichen" Güterschutz bis zu der allgemeinen Rechtsverteidigung finden sich in der historischen Entwickelung alle Stufen. Und zwar mit fast gesetzmäßiger Aufeinanderfolge bei den Rechten aller Zeiten und Völker in Anlehnung an die eben geschilderte Fortbildung.

Mehr oder minder scharf läßt sich die hier gekennzeichnete Entwickelung in der Geschichte aller, insbesondere aber der beiden für unsere heutige Rechtsgestaltung bedeutsamen positiven Rechte, dem römischen und germanischen deutlich verfolgen.

Soweit das römische Recht aus dem Reich der Fabel in gesicherte Überlieferung tritt, ist es freilich schon so stark vorgeschritten, daß die ursprünglichen Formen von Rechtssetzung und -bestätigung, Gewohnheitsrecht und Selbsthilfe einer straffen zusammenfassenden Staatstätigkeit gewichen sind. Die ursprüngliche Entwickelung der äußeren Formen von Recht und Verwaltung bei den heutigen Kulturvölkern, wenigstens den indogermanischen, aber nach den in Mommsen, Fragen niedergelegten Anschauungen auch den Arabern und Indiern, ist jedoch so gleichartig, daß Schlüsse der bei den anderen Völkern nachweisbaren primitiven Formen auf die römische prähistorische Zeit gerechtfertigt sind.[11]) Die Schlüsse sind umso sicherer, als die erste lex scripta, die „12 Tafeln" noch mehrere Fälle unzweifelhafter erlaubter Selbsthilfe in dem oben angedeuteten Sinne erwähnen: Die Tötung des nächtlichen Diebes, des Ehebrechers und des Entführers der Tochter.

Daraus ist zu ersehen, daß das für den Römer stärkste Individualrecht, das Hausrecht, mit einem Vorbehalt eigener Gerichtsbarkeit auch dem Staate gegenüber, noch den Schutz des Rechtes in der alten Ausdehnung genießt: Durchsetzung gegen einen rechtswidrigen Angreifer um jeden Preis. Auch die von Ulpian gekennzeichnete Einschränkung des Rechtes gegen den Dieb bezieht sich

---

[11]) Abegg, commentation 19; Mommsen Fragen, Frauenstädt S. 2. Bis in die neueste Zeit hat die Frage bei den modernen Völkern primitiver Rechtsanschauung verfolgt Günther 232 ff.

zunächst nur auf die Erforderlichkeit der Rechtsverteidigungshandlung im allgemeinen, nicht auf die Abgrenzung einer Notwehrhandlung.

Das römische Recht bietet aber noch ein bisher in der Notwehrgeschichte kein zweites Mal aufgetretenes Institut, das die vorher bezeichnete Entwickelung mit einem Schlage beleuchtet. Jenes Erwachen des öffentlichen Interesse, des Bewußtwerdens eines individual-kollektiven Gegensatzes überhaupt liegt in prähistorischer Zeit.[12]) Der Individualstaat — im Sinne einer negativen Individualität vom Standpunkte des Staates und einer positiven vom Standpunkte des Individuums — ist durch das Königtum bezeichnet. Dabei zeigt sich freilich als Besonderheit, daß der Gedanke einer ausgesprochenen Nationalität niemals vollständig untergeht und den Rechtsgenossen in einen unmittelbaren Gegensatz zu der Rechtsgemeinschaft bringt, so daß die Rechtsdurchsetzungsbefugnis des einzelnen in erheblicherem Umfange als sonst bestehen bleibt. Aber doch als individuelle. Denn Entführung und Ehebruch verletzen das Hausrecht des Familienvaters. Mit der Republik nun gelangt dieser Nationalstaat zu einer straffen Konzentration. Der civis Romanus wird Teil des Staates, empfindet sich durch den Staat und den Staat durch sich, wie in der Zeit ursprünglichster Rechtsentwickelung, aber mit dem Bewußtsein, daß dieser Staat, durch den er ist und der durch ihn ist, eben nicht er selbst ist, sondern eine dritte Größe. Und als selbstverständlicher Ausfluß dieses Gemeinschaftsverhältnisses erscheint die Befugnis, den Feind der Republik in Erfüllung einer höheren Pflicht umzubringen. Diese Befugnis war ebenfalls sowohl präventiv wie reparativ möglich: Wenn eine dem Vaterlande durch einen verräterischen Bürger drohende Gefahr nicht anders als durch dessen Tötung abzuwenden war, so stand jedem civis die Befugnis zu, diesen zu töten. Ja, es soll sogar die subjektive Ansicht eines in seiner Lauterkeit unantastbaren Bürgers, das dem Staate eine derartige Gefahr drohe und nur durch Tötung des vermeintlichen Verräters abgewandt werden könne, zur Befreiung von seiner rechtlichen Verantwortung geführt haben.[13]) Damit ist dargetan, daß es sich hier

[12]) Mommsen, Römisches Strafrecht.

[13]) Pernice 74: „In den Anweisungen der Rhetoren für die Verteidigung stehen die Fälle der echten Notwehr in derselben Reihe mit der Tötung zum Wohle des Vaterlandes und in gerechter Aufwallung“ (Cicero part. or. 42). Ferner S. 80: „Daß die Friedlosigkeit in vorgeschichtlicher Zeit ein anerkanntes Rechtsverhältnis war, läßt sich mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen. Dafür spricht einmal das beschworene Urgesetz der Republik: Wer nach dem Königtum trachtet, kann von jedermann erschlagen werden (Livius 2, 1, 9; Plutarch popl. 12). Nach ihm handelten Servilius, Achala und die Mörder Cäsars. Ferner stimmt damit der Volksschluß nach dem Sturze der Zehnmänner überein: Wer das Dezimvirat wieder einführe, eum ius fasque esse occidi neve ea caedes capitalis noxae haberetur. Das ist eine Notwehrjustiz oder permanente Revolution.“

um eine reine Frage der Rechtswidrigkeit gehandelt hat. Die Durchsetzung des Rechtes war aber auch dadurch möglich, daß an die Erfüllung [14]) gewisser gesetzlicher Tatbestände ein Urteil geknüpft wurde, daß der Täter (Frevler am Heiligen) der göttlichen und menschlichen Rache verfallen sei. (Überbleibsel des Talionprinzips im Hinblick auf das höchste zu verletzende Gut, Staat und Religion!) Auf Grund dieses Urteiles nun hatte jeder Bürger das Recht, an dem Schuldigen den Tod als Strafe zu vollstrecken. In jedem Falle aber sind diese wie immer gearteten Phänomene Folgen jener „eigentümlichen" Art vaterländischen Verbundenseins des römischen Bürgers. [15]) (Die dieser Rechtsgestaltung zugrunde liegenden tatsächlichen Beziehungen zwischen dem Staate und seinen Bürgern gibt am besten die Darstellung Senecas [16]) wieder: „nefas est nocere patriae; ergo civi quoque, nam hic pars patriae est — sanctae partes

---

Freilich sind das nach Pernice „neue Satzungen", sie gehen über das gesetzlich Mögliche hinaus, das heißt, sie haben im bestehenden Rechte keine Stütze. Ebenso die lex sacrata: Si quis eum, qui eo plebiscito sacer sit, occiderit, parricida ne sit. **Halt und Zusammenhang gewinnen diese Bestimmungen, wenn man sie als Erneuerungen des früher allgemeinen Verhältnisses der Friedlosigkeit auffaßt".** Hierbei braucht die Friedlosigkeit nicht im besonderen germanischen Sinne aufgefaßt zu werden, sondern als das Institut der allgemeinen Rechtsdurchsetzung im oben bezeichneten Sinne.

[14]) Abegg Untersuchungen 1861: „Von ganz eigentümlicher Art und nur aus dem Charakter der römischen Staatsverfassung, besonders während des Bestehens der Republik und aus der politischen Eigenschaft und Gesinnung römischer Bürger in ihrem Verhältnis zu ihrem Vaterlande und der Staatsreligion zu erklären, sind die Fälle erlaubter ja als lobenswert anerkannter Tötungen, als Erfüllung einer höheren Pflicht, welche unter das Prinzip gestellt sind, daß der einzelne, der jedoch in seiner Eigenschaft als römischer Bürger einen allgemein politischen Charakter hat, einen Feind des Vaterlandes und der Religion nicht als seinen individuellen Gegner, sondern als den allgemeinen Gegner umbringt, indem sich auch in dem patriotischen Bewußtsein dessen, der diese Pflicht ausübt, das höchste Interesse des Staates, das Wohl des Vaterlandes konzentriert. Die Tötung kann in jener Rücksicht geschehen, entweder so, daß ein für alle Mal im Gesetz die Befugnis zu derselben erteilt wird, indem verfügt wird, daß der Frevler am Heiligen, der göttlichen und menschlichen Rache verfallen, gleichsam verfehmt sein solle, oder, daß durch Urteil erst im besonderen Falle dieses ausgesprochen wird. Hier ist aber stets dem Schuldigen der Tod durch ein vom einzelnen unabhängiges Urteil bestimmt, und nur die Vollstreckung ein allgemeines Recht. Diesem Fall steht ein anderer gegenüber, bei welchem, ohne diese Voraussetzung, nur auf Grund der subjektiven Ansicht des rechtlichen Bürgers ein durch die feindliche Gesinnung eines anderen dem Vaterlande drohende Gefahr nicht anders als durch dessen Tötung abzuwenden ist."

[15]) Ähnlich für das Griechische Platon „Gesetze" IX. Buch cap. 3 S. 355: „Wer die Gesetze ihrer selbständigen Kraft dadurch beraubt, daß er sie zu Werkzeugen in der Hand herrschsüchtiger Menschen macht, und das Interesse des Staates dem Parteigetriebe unterordnet .... den muß man als den allerschlimmsten Feind der Gesamtinteressen des Staates betrachten .... Jeder nicht völlig nichtswürdige Bürger soll einen solchen Aufruhrstifter den Behörden anzeigen, um ihn zu belangen".

[16]) Liber II cap. 31 § 7.

sunt, si universum venerabile est —, ergo et homini, nam hic in maiore tibi urbe civis est. quid sie nocere velint manus pedibus, manibus oculi? ut omnia inter se membra consentiunt, quia singula servari totius interest, ita homines singulis parcent, quia ad coetum geniti sunt, salva autem esse societas nisi custodia et amore partium nom potest.")

Es erscheint hier ein dem Umfang nach der ursprünglichen Rechtsdurchsetzungsbefugnis im allgemeinen ähnliches Recht, das von diesem nur in der Begründung verschieden ist, nicht inhaltlich, nämlich als das Ergebnis höchster sozialethischer Entwickelung gegenüber einem ursprünglichen Instinkt, deren gleiches Ergebnis aber besagt, daß die rechtspolitische Folge nur abhängig ist von der Tatsache einer größeren oder geringeren individual-kollektiven Differenz, nicht aber von deren Begründung. Für die heutige Zeit ist ferner hieraus die Feststellung zu treffen, daß solche Rechtsinstinkte für Menschen der römischen ebenso wie unserer Rechtsgeschichte für immer verloren sind.

Mit der Kaiserzeit begann ein neuer Individualismus. Der Nationalstaatsgedanke, aufgebaut auf der italienischen Halbinsel, wurde zur Welteroberung ausgedehnt und führte schließlich zur Beleihung aller dem Imperium angehörigen Bürger mit dem römischen Bürgerrecht. Die Staatsgemeinschaft wurde zur Weltgemeinschaft, das ius civile zum ius gentium, und der einzelne Römer stellte keine Besonderheit mehr dar im großen römischen Reich. Die anderen darin vereinigten Nationen aber empfanden es nur utilitaristisch als Schutz für Handelsbeziehungen. Sie befanden sich wohl in ihm, aber empfanden ihn nicht als für sie wesentlich. So entfiel als logische Notwendigkeit der Gedanke des Staatsschutzes durch Handlungen des Bürgers vollkommen und auch die persönliche Notwehr wurde möglichst beschränkt.

So Abegg, Untersuchungen 189: „Dieses (das Schutzrecht des Bürgers zugunsten des Vaterlandes) mußte sich notwendig ändern in einer Zeit, wo die Staatsverfassung nicht mehr so in dem Bürger selbst, als sein Recht lebendig war, wo der Wert des Bürgertums aus dem Zusammentreffen so vieler bekannter Ursachen gesunken und nur noch eine rein juristische und zwar mehr bloß privatrechtliche Seite übrig war. Wo sich das Bewußtsein des Staates und seines höheren Rechtes bei einer von dem Volke verschiedenen, selbst diesem entgegengesetzten Regierung, nach langem Kampfe findet, da hat der einzelne kein Recht und keinen Beruf, aber auch keine Veranlassung mehr, in jenem früheren Sinne der Verteidiger des Vaterlandes durch Tötung eines inneren Feindes desselben zu werden."

Vergl. L. 4 pr. D. ad leg. Aqu. IX, 2: „nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere". L. 45 § 4 eod: „Vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt". Die Berechtigung des Bürgers, den Feind des Staates zu töten erscheint jedoch nirgends mehr.

Das dergestalte Justinianische Recht fand dann Mitte des zweiten Jahrtausends unserer Zeitrechnung auch in den deutschen Rechtsgebieten Eingang und traf dort einen dafür bereiten Boden. Denn bis dahin war gerade die Entwickelung von der „instinktiven" germanischen Wehrgemeinschaft zum Feudalstaat beendet und ein dem römischen gleicher — negativer [17]) — Individualismus zur Vorherrschaft gelangt. Während aber die ein Jahrtausend ältere römische Geschichte hier bereits den zweiten Individualismus aufwies, vermissen wir in dem germanischen Recht vollständig eine Epoche der sozialen römischen Republik. [18])

Das vorrömische germanische Recht zeigt die „instinktive" Zeit. Sie beginnt mit der „Rache", die gestattet war gegen jeden, der den „Frieden" brach. Diese instinktive Rechtsgenossenschaft ist aber keineswegs individuell, so daß etwa ohne weiteres die Interessen der Allgemeinheit notwendig mit denen der einzelnen Rechtsgenossen zusammengegangen wären, und sich in diesen erschöpft hätten, daß etwa mit dem auch **jeden** Rechtsgenossen bedeutsamen Verbot, Leib und Besitz des Rechtsgenossen nicht anzutasten, der Gemeinschaftszweck erfüllt gewesen wäre. Das erste Verbrechen, das als solches behandelt und bestraft wird, ist nicht der Mord, sondern die duellio, der Verrat [19]) — und zwar etwa der Hochverrat im heutigen Sinne, während der Landesverrat als perfugium davon gesondert wird —, also ein Delikt gegen die Gemeinschaft als solche. Und gerade das Institut der Friedlosigkeit, seiner Form nach zwar nur eine Feststellung, ist seinem Inhalte nach die Entfernung des Genossen aus der Gemeinschaft wegen einer gegen diese gerichteten Handlung. [20]) Die „individuellen" Verbrechen riefen demgegenüber regelmäßig das allgemeine Strafvollstreckungs- oder doch Rechtsdurchsetzungsrecht (Tötung) gerade nicht hervor, sondern gaben nur ein relatives „Fehde"recht gegenüber der allgemeinen Acht. [21])

Andererseits entsteht bei dem Mangel einer solchen Volksgemeinschaft (wie etwa in Indien, dem Kastenstaat) eine solche Scheidung von Gemeinschafts- und Individualverbrechen überhaupt nicht, selbstverständlich dann auch kein Hinderungsrecht. [22])

---

[17]) Daß zwei Formen des Individualismus bestehen, eine positive in Form des Liberalismus und eine negative in Form des Polizeistaates, darüber § 3.

[18]) Vergl. hierüber im einzelnen Wilda, Abegg, Seeger, Mommsen.

[19]) v. Bar Handbuch 11, für das römische Recht insbes. Mommsen, Strafrecht 58.

[20]) Vergl. Geib 165, R. Schmidt, Aufgaben 148: „Inzwischen ist die öffentliche Leibesstrafe aus denjenigen Fällen entwickelt worden, in denen sich die Rache nicht gegen die Kränkung eines einzelnen, sondern gegen eine Handlung richtet, die alle wohlgesinnten Gemeindegenossen gleichmäßig berührt. (Verrat!)" Auch S. 153.

[21]) Mommsen-Brunner, Fragen 56, 57.

[22]) Mommsen-Oldenburg, Fragen 78.

Die „Rache" war Rechtsinstitut[23]), so daß der Racheübende sich verantworten und dartun mußte, daß der Getötete den Frieden gebrochen hatte. Die unmittelbare Rache war somit Rechts- und zwar bereits eine Art Strafvollstreckung vor dem Urteil, die deswegen möglich war, weil die Friedlosigkeit zugleich mit der den Frieden brechenden Tat ipso iure eintrat und dazu nicht etwa erst eines Verfahrens bedurfte.[24])

Das Urteil gegen den Rechtsvollstrecker prüfte nur dessen materielle Berechtigung, bedeutete nicht aber etwa rückwirkende Legitimation zur Tat. Die **spätere** Friedloslegung dagegen war gewissermaßen ein Vollstreckungstitel, war verurteilende Feststellung.

Alle diese Funktionen des einzelnen aber erstanden allein auf Grund der Zugehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft, waren eine Art öffentlich-rechtlicher Staatsgewalt, die „jedem" zustand außer dem rechtlosen Fremden und daher als unmittelbare Folge aus der Rechtsmitgliedschaft anzusehen ist.[25])

Mit dem Aufkommen des Staatsgedankens erlischt auch hier die natürliche individual-kollektive Verbundenheit.[26]) Es bleibt allein das Recht der N o t w e h r übrig, als Rest jener rechtsgenossenschaftlichen Bewegungsfreiheit. Ihr Umfang konnte durch den Staat eingeschränkt werden, nicht aber ihre Herkunft und damit ihr Wesen, sie selbst. Damit sind die grundlegenden Gedanken für das Notwehrinstitut überhaupt und insbesondere heute gewonnen.

§ 3. Allgemeine Notwehrfragen.

Die Notwehr ist Wahrnehmung b e r e c h t i g t e r Interessen und zwar selbstverständlich berechtigte Wahrnehmung solcher, wobei gewisse sachliche Voraussetzungen bei Zeiten und Völkern wechseln mögen, das Institut selbst aber nicht beeinflussen können.

---

23) Wilda 164.

24) Wilda, Remy 19, Brunner-Mommsen 57, Jaeger 54 f.

25) Wilda 280; ähnliche Schilderung v. Bar III 140 ff: „In Wahrheit gründet sich die Notwehr auf die dem Rechts immanente und nicht zu unterdrückende Tendenz, das Objekt des Rechtes gegen jede nicht berechtigte Verletzung angreifender Menschen oder Sachen zu schützen; . . . Aus der dem Rechte immanenten Abwehrkraft aber erwächst die Rechtsordnung selbst. . . ." Ferner „. . . Zuerst üben die einzelnen für sich Abwehr gegen feindliche Angriffe, leisten aber auch den Nachbarn Hilfe bei solcher Abwehr in der richtigen Überzeugung, damit nicht minder für die eigene Sicherheit zu sorgen. Und dann beginnt die organisierte Abwehr, der Keim des Staates, der die Abwehr der einzelnen wirksamer ersetzt, aber auch beschränkt, da . . das . . der Genossenschaft selbst gefährlich werden müßte. Aber als ein Stück Überrest der ursprünglichen Abwehr durch die einzelnen ragt in jeder Rechtsordnung und Organisation die Notwehr hervor. Denn dieser Überrest ist unentbehrlich.

26) Abegg 189, oben zitiert.

Daraus folgt einmal: Die Notwehr ist ein „Recht“. Das bedurfte auch vor Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches, die ihr dieses Attribut ausdrücklich beigelegt hat, keiner gesetzlichen Erwähnung und ist auch nur ganz vereinzelt und unerheblich bestritten worden.

Die Notwehr ist ein „Recht“, aber kein subjektives Recht. Mit der Bezeichnung „Recht“ ist nur die objektive Fragestellung bezeichnet; denn die Notwehr ist „Recht, Befugnis zum **Handeln**, keine zum **Verlangen**, daß ein anderer handelt. Allerdings ergeht durch die Berechtigung der Notwehr an den Angreifer zugleich der Befehl, die Notwehr des Angegriffenen, sofern sie ausgeübt wird, zu dulden. [1]) Befugnis zur Notwehr und Duldungspflicht korrespondieren aber nicht, sondern begegnen sich erst in der Zusammenfassung der staatlichen Rechtsordnung. Es ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, daß beim Handelndürfen im Gegensatz zum Verlangendürfen ein zweifaches Verhalten der rechtlichen Beurteilung unterliegt, einmal das des Notwehrübenden, dann das des Notwehrgetroffenen, also des Angreifers. Das der Notwehrausübung konträr entgegengesetzte Verhalten ist nicht der Angriff des Notwehrverpflichteten, sondern lediglich das Unterlassen der Notwehrausübung. Wenn nun der Notwehrangreifer seinerseits die Duldungspflicht der Notwehr gegenüber (als objektive Pflicht) „verletzt“, so trifft die Betrachtung dieses Verhaltens ein ganz anderes Verhältnis als den Notwehrangriff. Der Verletzung der Duldungspflicht steht vielmehr wiederum die Duldung der Notwehrverteidigung gegenüber, nicht mehr das Rechtsgutsverhältnis von Angreifer zu Angegriffenem. Zwischen beiden besteht keine Korrespondenz.

Daraus folgt weiterhin: Ist die Notwehr der Rest einer allgemeinen Rechtsverwaltungsfunktion, die dem einzelnen auf Grund seiner Rechtsgenossenschaft ehemals zugestanden hat, so wird sie mit der Einsetzung von Staatsorganen mehr oder minder auf die dem Staatsorgan entzogene „Sphäre des einzelnen“ beschränkt. Mit der Stellung, insbesondere der Bedeutung des Staatsorgans wächst und verringert sich dann die in der Notwehr liegende Rechtsfunktion des einzelnen.

Die materielle Sonderstellung der Notwehr beruht nun darin, daß das allgemeine Prinzip des Wertverhältnisses der Güter bei ihr vollständig aufgehoben ist. Ihre einzige Voraussetzung ist eine Vorwertung, (Rechtsfolgecharakter) und die Tatsache einer Entgegensetzung gegen den durch die Vorwertung zum Ausdruck gebrachten Rechtswillen. Weiterhin faßt sie die (notwendige oder wahlweise) Güterwelt eines bestimmten Rechtsgenossen, nämlich

[1]) Thon S. 18.

dessen, der da unberechtigte Interesse verwirklichen **will**, als **Haftungseinheit** zusammen.

Durch die Verfolgung des unrechtmäßigen Einzelinteresses wird der Interessenträger und die gesamte ihm sonst eigene Rechtsmacht mit dem rechtlichen Minderwerturteil belastet. Statt einer Interessenkollision ergibt sich die Kollision einer Rechtsgesamtheit mit einem — vorher für rechtmäßig erklärten — Einzelinteresse. Diese Verhaftung des einzelnen mit seiner gesamten Gütersphäre ist Charakteristikum jeder Rechtsfolge. Sie zeigt die ganze Konzentration der rechtlichen Gedankenwelt auf das Rechtsindividuum, gleich wie das soziale Prinzip der entsprechenden Rechtsordnung sein mag. Gleichermaßen erscheint der zivile Schuldner oder der Straftäter mit seiner gesamten Gütersphäre, aber auch mit dieser als Einheit, die dem Güterbestande aller anderen einschließlich der Gesamtheit gegenübersteht und dieser verhaftet ist. Der Unterschied gegenüber den genannten Rechts**folgen** besteht einmal in dem Mangel eines formellen den Haftungsumfang feststellenden Verfahrens, damit in Verbindung in dem Mangel an Bestimmtheit der aus der Rechtsrichtiger Gütersphäre haftbar zu machenden Objektes im einzelnen, dann aber auch in den Voraussetzungen, die eine Wertproportion ganz vermissen lassen. Dieser letzte Unterschied wird in der Literatur vielfach als Mangel empfunden; [2]) der Grund für diese Anschauung wird jedoch nur in der veränderten Auffassung zu suchen sein, die wir **heute** bei Anordnung von Rechtsfolgen an deren Voraussetzung knüpfen. Jedenfalls gehört begrifflich zu der Notwehr keine solche Wertproportion.

Die Notwehr ist also charakterisiert durch die Beziehungen **zweier Rechtsgenossen**, deren Interessen in vorgewerteter Art auf einander prallen und bei dem, eben auf Grund der Vorwertung die Durchsetzung des rechtswidrigen Interesses unterbunden werden soll. Die Eigentümlichkeit der Notwehr liegt dann gegenüber den anderen Rechtsfällen darin, daß für die Notwehrhandlung nicht nur die beiden Interessen am Geschehen und am Unterbleiben der vorgewerteten Handlung bedeutsam und entscheidend sind, sondern daß der Rechtsgenosse, der ein rechtswidriges Interesse durchsetzen will, nunmehr durch die Durchsetzungsversuchshandlung in seiner **gesamten Rechtssphäre** dem Angegriffenen gegenübertritt.

Aus diesem Charakter der Notwehr als Haftungserweiterung bis zur Haftungserfassung einer persönlichen Gütersphäre ergibt sich dann auch die Grenze der Notwehrübung bezüglich der durch diese entstandenen Verletzungen. Dann ist nämlich ein Verhalten, das zugleich die Güter eines Dritten, Privaten oder der Allgemeinheit verletzt, keine reine Notwehr mehr! Es liegt vielmehr für die Rechtswertung ein gewöhnlicher Rechtsfall vor, der der allge-

[2]) So Löffler S. 21.

meinen Abwägung unterliegt. Wer hiergegen einwendet, eine Handlung könne doch nicht geteilt werden und zu gleicher Zeit z. T. Notwehr und z. T. „Notstand“ sein, verkennt das Wesen der Notwehr, die ja keine Handlung, keine Tatsache, (das ist die Notwehrausübung) ist, sondern ein besonderer Wertungsfaktor. Kann die angebliche Notwehr- in Wahrheit Verteidigungshandlung nur durch Verletzung eines Dritten geschehen, so unterliegt sie den Notwehrgrundsätzen nur bezüglich der an dem Angreifer verletzten Rechtsgüter, so daß man etwa bei dem Bauern, der den unsittlichen Angreifer seiner Tochter in der Kirche unter Störung körperverletzt, nicht sagen dürfte: Die Kirchenruhe muß dem Interesse an geschlechtlicher Integrität weichen, auch die Körperverletzung an dem Täter, aber beide zusammen seien schwerwiegender als die Gefährdung der Tochter. Wenn ein Rechtsfall zugleich eine Notwehrausübung einem Rechtsgenossen gegenüber darstellt (so und nicht umgekehrt wird der Fall zu fassen sein), so bedeutet die Tatsache einer Notwehrberechtigung dem Täter gegenüber, daß dessen Interesse bei der Rechtsfallabwägung nicht kumulativ verwendet werden darf, sondern insoweit überhaupt ausscheidet! So kann die Anerkennung eines „Notstandes“ bei Übergriffen auf Dritte statt der Notwehr als Anerkennung der hier vertretenen „Haftungseinheit“ angesehen werden.

Die Notwehr ist Rechtsverteidigung, nicht Selbstverteidigung. Sie ist jedoch **nicht** ein angeborenes,[3]) von dem Rechte unter allen Umständen aus natürlichen Gründen zu respektierendes Überbleibsel der menschlich-natürlichen Handlungsfähigkeit. Sie ist ebensowenig eine besondere Art der Ausübung eines subjektiven Privatrechtes, das mit dem ihr zugrundeliegenden Privatrecht erworben und weiter übertragen wird. Alle so denkenden Anschauungen von der Notwehr, die schlechthin zur Verteidigung auch des „geringsten“ Rechtsguts unter Zerstörung des entgegenstehenden „höchsten“ Stellung nehmen müssen, werden zudem mit der Hereinnahme des Proportionalitätserfordernisses ungenau. Die Notwehr ist auch nicht ein Handeln kraft des Auftrages im Namen und in Vertretung der Gemeinschaft, das Handeln eines Staatsorganes. Die Besonderheit der Notwehr liegt endlich nicht in der für den Angegriffenen bestehenden Rechtsnot (nicht nur Güternot; da für die Anwendung der Notwehr ja erforderlich ist, daß das Interesse zu

---

3) A. A. — für das „angeborene“ Recht Temme, deutsches Str. 90, preußisches Str. 212, Coenders 891 („natürliches Recht“) Stoß 130, Knetsch 31, Bauer 65, Marzoll 86. Ein „natürliches“ Recht gibt es doch überhaupt nicht „mehr“, sondern nur solches der Gemeinschaft. Der richtige Grundgedanke, der bei dieser Theorie auftritt, ist die tiefe Verbundenheit der Notwehr mit dem Rechte überhaupt; es wird aber durch die Bezeichnung „natürliches Recht“ leicht der falsche Eindruck erweckt, als sei die Notwehr eine „notwendige“ Befugnis, die der Staat zu gewähren hätte.

einem Rechtsgut erhoben ist); denn dann müßte ihm ja aus dem Gedanken der Notwehr **jeder** Eingriff gestattet sein, der zur **Erhaltung** des angegriffenen Rechtsgutes notwendig erscheint.

Die Notwehr entspringt vielmehr einer Befugnis zu einem Handeln, die dem einzelnen zusteht lediglich auf Grund seiner Zugehörigkeit zu der Rechtsgemeinschaft, in der er lebt. Es ist somit garnicht so abwegig, wenn man bei der üblichen Unterscheidung nach Rechtsgebieten die Notwehr eine öffentlich-rechtliche, keine privatrechtliche Befugnis nennt. (Wahlberg 98). Die Betrachtung ist dann nur materiell, nicht formell. (Vergl. hierzu § 1). Es betrifft nämlich die Notwehr nicht das Verhältnis von Rechtsgenossen zu einander, sondern die Regelung der öffentlichen Interessenwahrnehmung durch den einzelnen. Sie ist aber kein organschaftliches Handeln; sie steht zu diesem vielmehr in dem Verhältnis der materiellen zur formellen Legitimation. Das will sagen: Der Notwehrübende ist von der Rechtsordnung nicht zu einem bestimmt umgrenzten Handeln in Vertretung des Staates befugt, sondern erhält die Berechtigung seiner Handlungsweise vom Standpunkt der gesamten Rechtswertung aus.

§ 4. Der einzelne und die Allgemeinheit vom Standpunkt der Notwehr.

Es hat sich ergeben, daß die Notwehr in ihrem Umfange keineswegs ohne „Geschichte" [1]) ist, daß die Güter, zu deren Schutz sie eingreift, wechseln mit den Zeiten und ihren letzten Anschauungen von der Gemeinschaft. Nicht nur der Kreis der dem einzelnen zur Verfügung stehenden Güter wechselt so, wird erweitert und vermehrt die Zahl der „Schutzgüter". Auch die dem Notwehrschutz und damit der Rechtsdurchsetzungsgewalt des einzelnen überlassenen Güter sind abhängig von dem Maße, in dem der einzelne Anteil nimmt oder wenigstens nach der Auffassung der Gemeinschaft nehmen soll an dem durch die Rechtsordnung geschützten und gewährleisteten Güterbestand. Stets, selbst in der rein individualistischen Rechtsgemeinschaft, sind die dem einzelnen unmittelbar zugewiesenen Güter seinem Interesse und daher seiner Notwehr unterworfen gewesen. Die Selbstverteidigung ist also das Minimum der Notwehr in der geschichtlichen Entwickelung, aber auch sie ist Eigen**rechts**verteidigung und von der allgemeinen Rechtsverteidigung nur graduell, nicht wesentlich verschieden. Die über Person und Eigentum oder Besitz hinausgehenden Schutzobjekte freilich sind in ihrer Notwehrberechtigung abhängig von dem Verhältnis, das der einzelne durch die Rechtsordnung im allgemeinen zu der Gemeinschaft, dem

[1]) So Geib a. a. O., Lampson 13 („Fruchtlos")

sie verkörpernden Staat und der unbestimmten Menge ihrer Mitglieder zugewiesen erhalten hat. Die Familiengemeinschaft der alten Rechte auf der einen und der Polizeistaat, der den Bürger in seine ureigene Sphäre zurückweist auf der anderen Seite, geben die äußersten Grenzen für die hier möglichen Verhältnisse. Die Notwehr ist also der praktisch ganz nie entfernbare Umfang der Rechtsdurchsetzungsfunktion, die dem einzelnen lediglich in seiner Eigenschaft als Mitglied der Gemeinschaft nach dem Maße der ihm von dieser jeweilig gewährten Teilnahme am Rechtsleben des Ganzen von diesem zugewiesen ist. Das Maß der jeweiligen Teilnahme nun ist eine äußerst feine, oft auf subtilsten Unterscheidungen aufgebaute an entlegendsten Indizien erkennbare Größe. Mehr als je im Recht vermag hier die persönliche Einstellung des Bearbeiters in ihrer Geschlossenheit und Brutalität einer Anschauung das Übergewicht zu geben, die dem positiven Rechtsprinzip widerspricht oder andererseits wesentlich darüber hinausschießt. So wird es ohne weiteres verständlich, daß in einem Jahrgang einer Fachzeitung (DJZ 1905) zu Beginn dieses Jahrhunderts nebeneinander die Meinungen vertreten werden konnten: unsere Zeit gestatte nur die Ausübung des Notwehrrechtes zugunsten des Besitzes und der Person (wobei die historischen Beweismittel natürlich Unterstützung, nicht Begründung der Meinung des Verfassers bilden dürften (Neubecker 146 ff)) und; Die Notwehr sei schlechthin zum Schutze „jedes Gutes" möglich. (Eltzbacher 239 ff.). Gegen Neubecker insbesondere ist anzuführen, daß man, während man bei dem Notstand die „Rechts"kollision zu stark und unrichtig betont, sie bei der Notwehr zumeist vergißt, obwohl gerade diese eigentümlicherweise eine solche durch die Verwertung aufweist. Nur dadurch wird es verständlich, daß man die Behauptung aufstellen kann: der „Angriff" sei eine Tatsache, ein Lebensbegriff; daher dürften auch nur „tatsächliche Lebensbeziehungen", wie die Person und der Besitz, seinen Gegenstand bilden und somit wehrfähig sein. Die Beschränkung auf Person und Besitz ist willkürlich und wird auch keineswegs durch die römischen Quellen unumstößlich gemacht. Denn im Rahmen der etwa eineinhalb Jahrtausende verfolgbaren historischen Entwickelung des römischen Rechts haben die verschiedensten Möglichkeiten einer Beteiligung des einzelnen vorgelegen, wenn auch nicht mit der psychologischen Begründung des Individual-Kollettivgedankens. Die Kaiserzeit allerdings, der die angeblich Neubecker stützenden Quellen entstammen, beließ dem einzelnen wohl die geringste Verantwortlichkeit, die ein Staatsbürger je im Staate gehabt hat.

Selbstverständlich enthält also die Prüfung der Staatsnotwehr nichts weiter als eine Auslegung der einschlägigen Paragraphen unseres Strafgesetzbuches oder Bürgerlichen Gesetzbuches (Schück 8).

Die Frage muß dann aber lauten, **wie** die Auslegung vorzunehmen sei. Und dafür ist dargetan, daß sie nur im Hinblick auf die historische Gewordenheit des Notwehrinstituts geschehen kann. Sie ist nicht möglich lediglich als logische Gesetzesinterpretation. Und wie sehr Schück die historischen elementa materiae bei der Auslegung — unbewußt — hat wirken lassen, beweisen seine Ergebnisse, die den hier gegebenen im wesentlichen konform gehen.

Auch der Umfang der **Einzel**güter als „Notwehrschutzobjekte" begegne mannigfachen Unterscheidungen in der Literatur. Die Beschränkung auf Person und Besitz findet sich außer bei Neubecker noch bei Jaeger 52, ähnlich Titze 74, v. Tuhr 46, unter Einbeziehung des Eigentums. Dieser Meinung schließen sich an Haller 24 (Ehre), Reichhardt 149 (Ehre), Lammasch 173, Stoß, Zarachi Archiv 1841, 30.

Forderungs- und Familienrechte begreifen ausdrücklich ein Dohna Z. 33 125 („alle Rechtsgüter") Oppenhof-Delius Anm. 8 zu § 53, Schrader 6, 7, Schwartz § 53 Anm. 2 c, Sommerlad, Goltd. A. 34, 357, Stillmark 60.

Auch sittliche und religiöse Gefühle heben hervor: Eltzbacher DJZ 239 („seine Beeinträchtigung"), Knetsch 34 (Voraussetzung, daß sie staatlich „geschützt" sind), Kowerk 11, Meyer-Allfeld 125, 126, (auch die Rechte der Allgemeinheit) Riso 19, Wachenfeld 117.

„Jedes anerkannte Rechtsgut" ist geschützt nach Jesse 7 (unter Einbeziehung z. B. der Tierquälerei und des groben Unfugs), Kroner 8, Müller 35, Remy 31, Schwarze 243, Simon 15, Sommerlad G S 39, 365, Waechter deutsches Str. 175, Wolffsohn 29, Berner Lehrbuch 110.

„Jedes Rechtsgut außer der stets angegriffenen Rechtsordnung" nennt Köhler 344.

Kennzeichnung „durch Erhaltung der **eigenen** Rechtsgüter und Realisierung der **eigenen** Rechte" von Tuhr 43, Sommerlad G S 39, 400.

„Bürgerrechte, öffentliche Rechte der Person" hebt hervor Meyer (Hugo) 276 und Gericke 10, der auch den „Rechtsfrieden" erwähnt.

„Jedes angreifbare Gut" nennen Löffler Z. 21, 564, Hufnagel 29.

Allgemein ist hierzu noch zu bemerken: Wenn erst einmal feststeht, daß die Notwehr kein strafrechtlicher Begriff ist, so ist es nur möglich, daß innere Unterschiede in dem Rahmen der rechtswidrigen Handlungen die Grenze für die notwehrberechtigten Handlungen bestimmen. Werden solche Grenzen verneint, so gibt es dann nur die Möglichkeit, die Notwehr zur Abwendung jedes rechtswidrigen Handelns zuzulassen. Die Beschränkung auf strafbares Verhalten ist willkürlich und daher falsch.

Folgerichtig läßt Thon dann die Verhinderung einer „Normwidrigkeit" zu, die „nicht selbst Normwidrigkeit sein könne".

Die hier zugrunde gelegte Variabilität des Notwehrumfanges im Verhältnis des einzelnen zur Allgemeinheit hat bisher noch keine Anerkennung gefunden. Lediglich Löffler (Rechtswidrigkeit 28) hat auf die derart auch inhaltliche Verschiedenheit der Notwehr zu anderen Epochen und bei anderen Völkern hingewiesen:

„Kein Teil der Rechtsordnung hängt inniger mit dem allgemeinen Stande der Kultur zusammen als das Recht der eigenmächtigen Selbsthilfe in der Not. Eine Zeit, die die Tugenden des Kriegers hoch schätzt, wird dem Rechtsuntertanen den Kampf um sein Recht desto eher freigeben, je mehr sie darin zugleich einen Kampf für die Rechtsordnung erblickt. Dem wurde mit Berechtigung die Lehre Christi gegenübergestellt ...... Seit Jahrhunderten suchen die Kulturvölker einen Kompromiß zwischen diesen Weltanschauungen. So entstand die Frage nach den sozial-ethischen Schranken der Notwehr."

Das ist freilich noch nicht die „Notwehr zugunsten der Allgemeinheit". Es ist vielmehr die auf die Gütersphäre des einzelnen beschränkte Notwehr, des liberalen Menschen, der der Staat ihrer Intensität nach möglichst geringe Schranken auferlegt, weil er „die Tugend des Kriegers" schätzt. Es ist ein egoistischer Kampf um die Rechtsordnung, der noch weit unterschieden ist von dem gemeinschaftlichen Gedanken etwa der „Staatsnotwehr". Er dient zur Befriedigung allein des persönlichen Rechtsgefühls des Rechtsgenossen (vergl. darüber § 7), das in früherer Zeit als Rachegefühl erscheint. Gegen das hier betonte Gemeinschaftsgefühl bedarf es sicher keines Einschreitens durch das Christentum.

Wie stark die Verbindung des einzelnen zur Gemeinschaft und das sozialethisch bedingte Verantwortungsgefühl des einzelnen für diese auf die Notwehrberechtigung einwirken, ergibt sich auch aus der einmütigen Begründung, mit der die Schriftsteller die Berechtigung der Verbrechenshinderung ablehnen. Entscheidend ist für sie „die Gefahr, die für ein geordnetes Staatsleben darin liegt, daß jeder einzelne befugt sein soll, Funktionen der Staatsgewalt auszuüben", also die Gefahr, die in dem Mangel an Gemeinschaftssinn und -erziehung des einzelnen, in dessen anti- oder doch asozialer Gesinnung liegt. So ist auch die ursprüngliche Selbsthilfe von der Rechtsgemeinschaft deswegen so stark beschränkt, ihre Ausübung mit unbillig anmutenden Strafen selbst bei kleinen Überschreitungen der Schranken belegt worden, weil sie ihr nicht zuverlässig genug, mit Rücksicht auf den Egoismus des einzelnen zu gefährlich schien, mehr Schaden verursachte als manche Gestattung des „Unrechts". Daraus folgt aber, daß mit größerem — allmählich anerzogenem — Verantwortungsbewußtsein des einzelnen der Gesamtheit gegenüber die Selbsthilfe wieder ausgedehnt werden kann und bei Berücksichtigung der „Not"stellung des Staatsorgans auch ausgedehnt werden muß. Gelänge eine Entwickelung des Staatsbürgers in vollem Maße zur sozialen Verantwortung, so würde das Argument gegen die Verbrechenshinderung gegenstandslos; und es ist dann theoretisch garnicht ausgeschlossen, daß dem einzelnen die Verhinderung jeder rechtswidrigen Handlung (nicht der verwaltungswidrigen allerdings, die weiterhin Aufgabe einer besonders berufenen Behörde bleiben müßte) zugestanden werden könnte. Es bleibt für die Gegenwart also nur die Frage, wie weit dieses soziale Verhältnis gediehen ist. Die hierfür maßgebende

Antwort mag vorweggenommen sein: Staatsempfinden, noch kein Gemeinschaftsempfinden.

Unter Berücksichtigung der hier aufgestellten Grundsätze sol nun der Umfang der allgemeinen Notwehr„güter" bestimmt werden die nach heutigem Rechte trotz ihrer grundsätzlich nur mittelbaren Wirkung auf den einzelnen in dessen Interessenkreis fallen.

Die positiven Gesetzesbestimmungen (StGB § 53, BGB § 227) enthalten nach ihrem Wortlaut hierfür nur die „Abwehr eines rechtswidrigen Angriffes „ „von sich oder einem anderen" " ‚Eines' anderen' bedeutet aber, daß auch für Güter jedes anderen Rechtsgenossen, an denen der notwehrübende Rechtsgenosse doch stets nur ein mittelbares Interesse hat (Vergl. I. Teil § 15) die in der Gestalt der Nothilfe erscheinende Notwehr gestattet ist Damit ist nach positivem Rechte die Tatsache der Rechtsgenossenschaft zu einem für den einzelnen bedeutsamen Interesse geworden Hier liegt nun der Schluß nahe, daß die Gemeinschaft als Ganzes sei es in der Form des Staates, sei es als formloser Begriff aller noch viel mehr dem Interesse und damit dem Schutz des einzelnen anvertraut sein müßte, als der nur ganz mittelbar empfundene Rechtsgenosse. Diesen Schluß ziehen auch diejenigen Schriftsteller, die die Staatsnotwehr aus der „juristischen Persönlichkeit" des Staates und die „zweifellose" Zulässigkeit der Notwehr auch zugunsten juristischer Personen stützen. Die Begründung ist aber nicht genügend. Die Einbeziehung des „anderen" Rechtsgenossen unmittelbar in die Notwehrinteressensphäre des Handelnden die Nothilfe also, ist keineswegs gleichbedeutend mit der Anerkennung einer besonderen altruistischen Gesinnung bei den Rechtsgenossen, ist nicht gegründet auf soziales Empfinden.[2] Gerade die Nothilfe entwächst weit mehr dem naiven und egoistischen Empfinden: Der einzelne und seine Güter sind sinnfällig. Sie kehren in gleicher Form stets unmittelbar in den Interessen des Handelnden wieder. Dieser kennt die Bedeutung, die der Verlust

---

[2]) Das ist etwa auch das Argument der Entscheidung RGSt 63, 220 „Es ist kein Grund einzusehen, warum z. B. die Abwehr eines diebischen Angriffes auf das Vermögen etwa einer Aktiengesellschaft oder einer Gemeinde vom Standpunkt der Notwehr anders behandelt werden sollte als ein solcher auf das Eigentum eines einzelnen Menschen. Daraus ergibt sich, daß es auch ein Notwehrrecht des einzelnen Staatsbürgers gegenüber rechtswidrigen Angriffen auf die Lebensinteressen des Staates gibt, sei es, daß sich dieser Angriff gegen die Verfassung oder gegen Gebietsteile des Staates (§ 81 Z. 2 4) oder gegen die Landesverteidigung (§ 89 StGB) (Spionage-Gesetz §§ 3, 6, 10) richtet. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber dem Bestand des Staates geringeren Schutz gewähren wollte als der Erhaltung sonstiger Rechtsgüter".

Dieses Argument a maiore ad minus läßt den persönlichen Charakter der Notwehr ganz außer Acht.

eines Gutes oder das Unterliegen eines Interesses für den Interessenträger hat, weil er sich selbst ohne weiteres in dessen Lage versetzen kann, ja vielleicht schon häufig in die gleiche Lage gekommen ist. Trotz ihrer nur mittelbaren Wirkung trifft also eine Einzelinteressenverletzung den einzelnen Notwehrausübenden, wenn auch nur psychisch — und eine solche psychische Wirkung allein steht bei dem öffentlichen Interesse in Frage — viel stärker als die Verletzung eines von dem einzelnen erst gedanklich und gefühlsmäßig zu erfassenden Gutes. Um von dem Interesse des einzelnen **umfaßt** zu werden, bedürfen die Güter erst eines **Erfassens** durch ihn. Während nun die dem einzelnen unmittelbar gegebenen Güter eben wegen der möglichen eigenen Beziehung zu ihm in ihrer Rechtsgutsqualität sofort gedanklich und empfindungsgemäß anerkannt werden, bedürfen die „öffentlichen Interessen“ erst der Aufnahme in den Kreis der als Güter empfundenen Dinge für den einzelnen. Dazu ist aber eine besondere politische, insbesondere staatspolitische, sozialethische Reife eines Volkes erforderlich; und wie überall im Recht reicht hierbei nicht die Erkenntnis eines einzelnen oder einiger „patriotischer“ Kreise aus, sondern das gesamte durchschnittliche Verhältnis des Volkes zu der Gemeinschaft, insbesondere dem Staat und dem Recht muß ein von einem eigenen Verantwortungsbewußtsein und auch Verantwortungswillen des einzelnen getragen sein. Eine solche innere Beziehung zum Ganzen ist dann vor allem gegeben, wenn eine Zeit den einzelnen in stärkerem Maße zur Mitarbeit an den Staatsaufgaben außerhalb der besonderen Organstellung, aber auch in gewissem Rahmen innerhalb derselben, wenn auch hier zumeist ohne das Erfordernis einer Qualifikation, bloß auf Grund seiner Rechtsgenosseneigenschaft heranzieht. Das kann sie aber nur unter der Voraussetzung einmal einer gewissen staatspolitischen Festigkeit der Rechtsgemeinschaft und dann auf Grund einer anerzogenen zumeist durch politische Not als dringlich empfundenen Verbindung des einzelnen mit der Gemeinschaft. Diese organschaftliche Heranziehung des einzelnen ist also eine generelle, die jeden erfassen kann. Sie interessiert aber hier nicht in der tatsächlichen Wirkung auf den konkret erfaßten einzelnen, sondern nur in ihrer allgemeinen Anwendbarkeit, in der gewiß gesetzlich fixierten M ö g l i c h k e i t, für den Einzelfall herangezogen zu werden.

Der Grad der auf diese Weise dem einzelnen überlassenen Verantwortlichkeit ergibt sich aus den positiven Gesetzen. In dem sog. Polizeistaat, in dem der „Staatsbürger nichts weiter zu tun braucht, als geboren zu werden“ und die „Polizei“, das heißt die Staatsorgane, die für Rechtswidrigkeitsprävention (und auch für Wohlfahrt gemeinnütziges Verhalten, nicht nur unschädliches) zu sorgen haben, die alleinige Macht und das Recht für sich in An-

spruch nimmt, die Interessen der Allgemeinheit zu verteidigen, wird das Notwehrrecht des einzelnen auf seine persönlichsten Güter beschränkt sein. Dieser Zustand geht zumeist Hand in Hand mit einer politischen und wirtschaftlichen, insbesondere auch kriegerischen Ruhe im Gemeinwesen, dessen Ideal der gutsituierte Bürger, der Patrizier der Hansastädte darstellt. In solchen Zeiten plötzlich auftretende politische Konflikte, verbunden mit Schwächungen der Staatsgewalten wird der Zustand nach der anarchischen, das heißt rein egozentrischen Seite umgebogen und das individualistische Moment verschärft. Der Gemeinschaftsgedanke schwindet überhaupt. Das Recht vermag seine Durchsetzung nur durch größte Einengung der Befugnisse des einzelnen, also auch seiner Notwehrrechte zu erzwingen.

Bleibt jedoch trotz der Erschütterung der gesetzlich festgelegten Kompetenzgewalt der Rechtsgedanke bestehen und bringen die äußeren Einflüsse nur eine Schwächung der Staatsorgane, so liegt die Möglichkeit einer Heranziehung der einzelnen Rechtsgenossen zur Staatsaufgaben nahe. Insbesondere erscheint in der historischen Entwickelung die Einsetzung von demokratischen Staatsorganen teils als Folge, teils als Ursache jedenfalls in innerem Zusammenhang mit einem aus solcher Notwendigkeit sich ergebenden Verantwortungsgedanken. Die Erinnerung an die letztlich je dem einzelnen obliegende Rechtskompetenz läßt den Gedanken an ihre praktische Durchführung unter Benutzung der technisch möglichen Mittel besonders stark aufkommen.

Die Entwickelung ist jedoch keineswegs notwendig, selbst unter Berücksichtigung der dynamischen, nicht der formellen Demokratien. Insbesondere besteht die verantwortliche Bindung des einzelnen mit der Gemeinschaft in der germanischen Rechtszeit noch, als bereits das Monarchentum mit konzentrierter Zusammenfassung das Staatsleben der Völker charakterisiert. (Vollstreckungsaufgabe der einzelnen Rechtsgenossen).

Die auf voller Solidarität zwischen einzelnen und Gemeinschaft aufgebaute ursprüngliche Rechtsverfassung bei den Germanen und den anderen Völkern scheint mir übrigens nicht unbedingt für eine besondere sozialethische Reife zu sprechen. Die hier allein rechtlich geschützten Güter waren die von der Natur gebotenen. Die heute geläufigen differenzierten Interessen der Allgemeinheit gab es nicht. Allein der Bestand der Gemeinschaft tritt als solches abstraktes Gut in Erscheinung (daher perduellio als erstes Delikt). Das Verhältnis der Staatsnotwehr, präventiv wie repressiv (in Gestalt der Rache) kann deshalb sozialethisch ebenso primitiv begründet gewesen sein, wie die später stets auch gestattete Nothilfe für den Rechtsgenossen. Diese Betrachtung zeigt jedoch nur, daß es einer besonderen Erfassung der Gemeininteressen durch den einzelnen

nicht bedurft hätte, daß die soziologischen Differenzierungen in sein Denken überhaupt keinen Eingang gefunden haben und daß solche erst bei Generationen notwendig erscheinen, die in die Selbstverständlichkeit eines empirisch wahrnehmbaren „außermenschlichen" durch Organe ausgeübten Staatsschutzes geboren wurden und deshalb nur dann als Verteidiger des Staates als eigenen Gutes auftreten, wenn diese Organe ihre Abhängigkeit von technischen Unvollkommenheiten dartun und versagen. Die Betrachtung ergibt aber keinesfalls einen Mangel in der hier aufgestellten Meinung, daß der Umfang der Notwehr von der individualkollektiven Lösung abhängig ist. Denn es bleibt ein — wenn auch vielleicht noch ein wenig triebhaftes — tiefes Gemeinschaftsgefühl der Alten bestehen, das von einer gedanklich tieferen, gefühlsmäßig aber oberflächlicheren utilitaristischeren Anschauung späterer Zeiten weit verschieden ist. So sind die in den mittelalterlichen Kriegen gebildeten Bürgerwehren keineswegs der altdeutschen Wehrgemeinschaft gleichzusetzen. Diese Bürgerwehren sind vielmehr notgeborene Vereinigungen einzelner zur Abwehr von Räuberhorden, denen gegenüber der einzelne machtlos wäre. Überhaupt läßt die Art der Kriegsführung einen unbestechlichen Schluß zu auf die Intensität des Gemeinschaftsgefühles. Eine Zeit, die mit Söldnerheeren aus fremden Ländern die Staats- und Rechtsordnung nach innen oder außen aufrechterhält, ermangelt jeglichen Gemeingefühles in diesem Sinne, während mit allgemeiner Wehrpflicht und der „Landesverteidigung" der einzelne wieder mehr in das Funktionieren der Allgemeinheit eingespannt wird. Wieder der altdeutschen Wehrgemeinschaft sich nähernd sind die während der Jahre 1812 und besonders die während der Kommunistenaufstände 1919 gebildeten Freischaren und Bürgerwehrformationen zu werten. In ihnen verkörpert sich der Gemeinschaftsgedanke, das heißt das Bewußtsein und der Wille, zugunsten der in Not befindlichen Gemeinschaft einzutreten.

Nach dem Gesagten ist es unzweifelhaft, daß ein Eingreifen zugunsten des Staates im Sinne des § 53 StGB nur eine Angriffsabwehr „von sich" darstellen kann. [3]) Die Konstruktion, die ein Verteidigungsrecht für juristische Personen annimmt und dann den Staat als die wichtigste juristische Person davon umfaßt wissen will [4]), verkennt die Besonderheit des Eingriffes für den Staat vollkommen. Juristische Persönlichkeit bedeutet in erster Linie die Fähigkeit, subjektive Rechte zu haben, ist also vornehmlich ein Begriff des Vermögensverkehrs. Die Interessen juristischer Per-

[3]) So auch Liszt-Schmidt 186/187, inhaltlich wohl auch trotz entgegengesetzter Formulierung Meyer-Allfeld 125, 126.

[4]) Gerland 113, Formell Meyer-Allfeld 125 unter Beschränkung auf „Bestand und Rechtssubjektivität."

sonen sind daher nur gruppenmäßig zusammengefaßte Interessen einzelner. Das Typisch-Staatliche, die Zusammenfassung aller Interessen zu einem neuen eigenen geht ihnen trotz der eigenen Rechtsfähigkeit rechtstendenzgemäß, inhaltlich vollkommen ab. Sie sind zwar unabhängig von dem einzelnen Mitglied, bleiben aber immer noch solche der jeweiligen Mitglieder. Deswegen wird der Staat unter „einem anderen" auch nur verstanden, wenn und soweit sein fiskalisches Interesse in Frage steht. Dem kann aus dem oben erwähnten Gedanken der Sinnfälligkeit dieser seiner Interessen für den einzelnen beigepflichtet werden. Es läßt sich das Staatseigentum jedoch ebenso leicht und vielleicht besser ebenfalls unter das „eigene Interesse" bringen.

Einer vollkommen sozialethischen Einrichtung einer Gemeinschaft würde es entsprechen, wenn jedes Gemeinschaftsglied präventiv Unrecht verhüten könnte, selbstverständlich ist auch in der (generell) „reifen" Gemeinschaft unrechtmäßiges, soziales Verhalten des einzelnen möglich und zwar nicht nur als „gutgläubiges". Entscheidend wäre irgend ein rechtswidriges **Handeln**, kein rechtswidriges Unterlassen, da ein solches, wie oben dargetan, nie einen Angriff darstellt.

Zu weit wird gegangen, wenn man auch ein sittenwidriges Verhalten in die Betrachtung einbezieht, zu eng, wenn man lediglich die Verbrechensbekämpfung beurteilt. Bei der Sonderdarstellung eines strafbaren Verhaltens ergibt sich zudem die Frage, ob und in welchem Umfang das kriminelle Polizeirecht einzubegreifen sei.

Ein unsittliches Handeln ist für das Recht unmittelbar bedeutungslos. Und wenn es durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches § 138, 826 als Rechtsbestandteil aufgenommen worden wäre — was m. E. nicht geschehen ist, — so hätte es durch positive Vorschrift das rechtliche Unwerturteil und wäre nur durch dieses für die Zulässigkeit der Notwehr erheblich. Bei den weiteren Erwägungen ist also vorauszusetzen, daß es sich nur um die Zulässigkeit der Notwehr, das heißt eines gegen die Rechtsgüterwelt eines rechtswidrig Angreifenden gerichteten, in seinem Umfang nur durch die Intensität des Angriffes begrenzten Verhaltens handelt.

Unter den heute bedeutsamen Rechtsgemeinschaften erscheint an weitaus erster Stelle der Staat. Er hat im Laufe der Geschichte immer mehr an Gesetzgebungskompetenz an sich zu nehmen verstanden und besitzt heute unbestritten das Rechtmonopol, soweit die äußere Ordnung des sozialen Lebens in Frage kommt. Dieses Rechtsmonopol, als Gesetzgebungsmonopol ebenso wie als Rechtsdurchsetzungsmonopol in Erscheinung tretend, ist somit zu dem stärksten und erkennbarsten Charakteristikum für den Staatsbegriff geworden. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß das — doch überstaatliche — Völkerrecht ein Gesetz und Gewohnheit

gleichgeordnete Rechtsquelle ist; gerade das Völkerrecht baut jedoch auf dem Staatsbegriffe auf; es will Norm sein nur, insoweit die Regelung von verschiedenstaatlichen Beziehungen in Frage steht. Es ist für die Staaten, deren Interessen miteinander und mit denen ihrer „Untertanen“ ebenso kollidieren wie die der einzelnen Rechtsgenossen in einem Staate, die entsprechende Kollisionsnorm, ausgezeichnet nur durch den Mangel einer Sanktionsinstanz. Und selbst wenn die Staaten durch die Errichtung von Bünden und Exekutivorganen dieser Bünde dem Völkerrechte zur Sankion verhelfen, würden, wenn die Staaten einen Teil ihrer Handlungsfähigkeit wie z. B. durch Genehmigungserfordernis von Verträgen zugunsten einer Staatengemeinschaft aufgeben, so sind alle diese Beziehungen Staatenbeziehungen. Das Rechtsmonopol des Staates erleidet dadurch keine Einbuße, nach innen bleibt weiter die Regelung durch den Staat in letzter Beziehung das Entscheidende (Vergl. hierüber § 5). Nur die äußere Handlungsfähigkeit des Staates, bisher lediglich ein Frage und Aufgabe der Politik, wird nun in die Gestalt des Rechtes, also einer gewissen Konsolidität, gekleidet. Es besteht trotz Unmittelbarkeit auch der völkerrechtlichen Wertung gegenüber jedem ihr unterworfenen Rechtsgenossen zwischen der Gesamtheit der auf der Erde lebenden Menschen und dem Individuum ein Glied, nur eines, aber dieses mit einer rechtlich fest umschriebenen unausschließbaren Gewalt. Das ist der Staat. Die bisherige Schule nahm sogar an, daß allein die Staaten Subjekte und Objekte der Staatsgemeinschaft seien. Das mag für die Rechtsbildung vielleicht sogar heute noch zutreffen. Aber vom Standpunkte der (Völker) Rechtswertung erscheint als Rechtsadressat nebeneinander Individuum und „jene realpsychische Macht“, die eine Zusammenfassung einer von gleichen Geschichts- und Kulturgedanken, häufig auch der Sprache getragenen Zahl von Rechtsgenossen darstellt, und neben den einzelnen Genossen ein vollständig eigenes Leben gewonnen hat.

Der Staat ist das Bindeglied zwischen Allheit und Individuum. Er vertritt auch die „Allgemeinheit“, jene Bezeichnung für die Gesamtheit einer Rechtsgenossenschaft gegen und außer einem Genossen, ohne die Allgemeiheit zu sein; nur in seinem Rahmen findet sie heute Anerkennung.

Wenn einmal die Völker der Welt ihre Rechtskompetenz bundesstaatlich — nicht im geläufigen Sinne, sondern in dem der Übertragung der Kompetenzhoheit an ein übergeordnetes Subjekt, in der m. E. das Wesen des Bundesstaates im Gegensatz zum Staatenbund zu suchen ist — unbeeinflußbar auf eine Organschaft der Weltgesamtheit, auf einen Weltstaat übertragen sollten, so würde nicht „der Staat“, im heutigen Sinne, sondern das Völkerrecht seine Existenz verlieren. Seine Sätze würden zu innerstaat-

lichem Recht und das Verhältnis des einzelnen Bürgers zu der Gesamtheit wäre das gleiche wie bisher zu dem Nationalstaate. Der Staat also allein, ausgezeichnet mit der „Kompetenzkompetenz“ ist mehr als nur ein der juristischen Person ähnliches gedankliches Erzeugnis. Er ist eine durch die (allerdings nicht notwendig davon abhängige) Bestimmtheit von Territorium und Menschen scharf umrissene reale Einheit, er ist die rechtliche Zusammenfassung einer stets bestimmbaren Anzahl von Menschen (oder auch möglicherweise aller) als Rechtsgenossen, mit dem Anspruch auf alleinige Autorität für diese Rechtsgenossen. Das bedeutet, daß mit dem Staate das Recht und die dadurch geschaffene, anerkannte und gesicherte Güterordnung entsteht und fällt. Solange nun Staaten in diesem Sinne mit alleiniger Zentralgewalt bestehen, war damit die Existenz des Staates tatsächlich, vor allem aber rechtlich mit der der Staatsbürger verbunden. In den germanischen Stämmen wie vor allem in Rom bedeutete die Existenzgefahr des „Staates“ — sofern man dort von einem solchen schon sprechen kann; es genügt hier aber für die Betrachtung schon die Rechtsgemeinschaft — für den einzelnen Bürger die Pflicht, sich vollkommen zur Verfügung des Staates zu halten.

Seit Mitte des vergangenen Jahrhunderts etwa ist der Staatsgedanke in seiner unantastbaren Autorität, aber auch in seiner tatsächlichen Abhängigkeit von der Rechtsgenossenschaft überall entstanden und hat etwa seit 1850 bezw. 1866 in unserem Rechte endgültig Einzug gehalten. Dieser „National“staat baut grundsätzlich auf einer Heranziehung des einzelnen Rechtsgenossen zu den Geschäften des Staates auf, soweit es irgend möglich ist. In allen europäischen Staaten ist die „Volkssouveränität“, das heißt die grundsätzliche Beteiligung der Volksgesamtheit an Rechtsbildung und -durchsetzung praktisch durchgeführt. Jeder Staatsbürger *kann* ohne andere besondere Voraussetzungen als seine Rechtsgenossenqualität zu Staatsämtern herbeigezogen werden. Parlamente bei der Rechtsbildung, Schöffen, Geschworene, Arbeit richter bei der Rechtsfeststellung, Vormundschaft bei der Rechtsdurchsetzung sind die äußeren Merkmale für die Verantwortung, die der Staat dem einzelnen an der Staatstätigkeit überlassen hat. Auch die Staatsverwaltung wird durch die Einführung der allgemeinen Wehrpflicht Teil der rechtsgenossenschaftlichen Betätigung. Auch die Anfang des vorigen Jahrhunderts grundlegend begonnene und trotz mancher Hemmnisse durchgeführte kommunale Selbstverwaltung gehört hierher. Unter diesen i. a. sogar zu *Rechtspflichten* ausgebildeten Beteiligungen des einzelnen an der Rechtsdurchsetzung ist mit Rücksicht auf seine Bedeutung für das Thema besonders hervorzuheben das allgemeine Recht des Staatsbürgers zur Verfolgung von Gemeinschaftsaufgaben in der Festnahmeberechtigung

des § 127 StPO. Hiernach ist

„jedermann befugt, jemanden, der auf frischer Tat ergriffen oder verfolgt wird, vorläufig festzunehmen, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Persönlichkeit nicht sofort festgestellt werden kann".

Die Ähnlichkeit dieser Bestimmung mit der der Notwehr liegt darin, daß in beiden Fällen der einzelne zu einem „an sich" nur Staatsorganen zustehenden Handeln befugt wird, wenn solche Organe nicht vorhanden oder nicht mächtig genug sind. Das durch § 127 geschützte Interesse ist jedoch nicht wie bei der Notwehr dem gleich, das durch die rechtswidrige Handlung verletzt werden sollte, — bezw. worden ist — etwa derart, daß die Notwehr das Eingreifen vor, die Festnahme das nach der Tat bedeuten sollte. Das durch § 127 gesicherte Interesse ist vielmehr nur das des Staates an der Durchführung seines „Strafanspruches". Eine Festnahmebefugnis zu ungunsten eines sonst rechtswidrigen Handelns gibt es somit nicht! Das Rechtsgut ist etwa dasselbe wie im § 257 StGB, das subjektive Strafrecht. Ein unmittelbarer Schluß auf die Notwehr, dahin, daß also um so viel mehr das Verhindern einer strafbaren Handlung durch Notwehr wenigstens erlaubt sei, wäre demnach falsch. Die Notwehr, die alle Rechtsgüter im Sinne der Rechtswertung, nicht des Straf„schutzes", gleichmäßig zum Gegenstand hat, kann aus Rücksicht auf § 127 StPO nicht auf strafbare Handlungen im allgemeinen beschränkt werden. § 127 StPO bedeutet jedoch die Zuerkennung einer besonderen, starkes Verantwortungsbewußtsein voraussetzenden Aufgabe, die dem einzelnen in Form einer Befugnis übertragen ist. Er ist daher ein bemerkenswertes Beispiel für den Umfang der dem einzelnen überlassenen Güterwelt des Staates. Dabei ist jedoch auch zu berücksichtigen, daß nur eine Festnahme, d. h. die Beschränkung der Fortbewegung verbunden mit etwa notwendigen leichten Körperbelästigungen im Rahmen des § 127 StPO geboten ist, er also nur eine Rechtsfallösung dahin enthält, daß die Gefährdung des staatlichen Strafanspruches als höheres und vorgehendes Gut gegenüber den angegebenen Gütern des einzelnen erscheint.

Die Berechtigung aus § 127 StPO ist nicht ausdehnbar, sie findet hier nur ihre Aufnahme, um die Kette der Indizien zu schließen, die den Stand unseres Rechtes charakterisieren im Verhältnis zu der Beteiligung des einzelnen an seinen Funktionen.

Die Rechtsgemeinschaft ist konzentriert im Staate. Der einzelne ist wieder notwendiger Teil des Staates und steht mit ihm tatsächlich politisch in wechselnder Bedingtheit. Damit sind ihre Interessen wechselseitig und genießen wechselseitigen Schutz. Das gilt aber nur von dem zunächst formal zu erfassenden, keineswegs die Allgemeinheit schlechthin darstellenden Gebilde, dem Staate. Diese Gedanken spiegelt auch die Literatur unserer Tage wieder.

So ist die Arbeit Schücks, die ihren Mangel an historischem Eingehe ausdrücklich hervorhebt, ein Argument für das Ergebnis, ein „Indiz“ für da gekennzeichnete heute herrschende Kollektiv-Individualprinzip. Denn das Er gebnis Schücks, der die Staatsnotwehr zuläßt, ist dann nur getragen von den persönlichen Empfinden des Verfassers, von dessen Einstellung zur Gesamthei und zum Staate insbesondere.

Und damit ist ein weiteres Indiz für die Staatsnotweh überhaupt gefunden: Die Literatur.

Nicht natürlich mit unmittelbarer Beweiskraft, obwohl gerad hier die Träger der Staatsnotwehr ein besonders starkes Gewich an persönlicher Autorität in den Streit zu werfen hätten, sonder nur aus der Tatsache, daß überhaupt der Gedanke der Staatsnotwehr in der Literatur erscheint. Man kann über die positive Berechtigung der Staatsnotwehr doch erst streiten, wenn die Möglichkeit einer Berechtigung behauptet worden ist. Und mit diesem Hervorheben einer Möglichkeit der Staatsnotwehr war bereits der entscheidende Schritt zu ihrer Anerkennung getan. Für unsere Rechtsepoche existiert der Begriff der Staatsnotwehr seit 1848. Vorher war man auch nicht auf den Gedanken einer solchen gekommen; der Notwehrstreit in der Literatur ging um Proportionalität und die Voraussetzungen, höchstens um den Umfang der dem einzelnen überlassenen Notwehr„güter“. Das lag in der Zeit, die den „allgemeinen, gleichen“ Staat eben noch nicht kannte. Die geschichtliche Entwickelung des Staatsgedankens in Deutschland zeigen die Napoleonischen Kriege, die Freiheitsdichter, die Reaktion Metternichs über den Zollverein zu dem Frankfurter Parlament 1848 und den konstitutionellen Revolutionen desselben Jahres. Der Staatsgedanke tritt hier als Nationalitätsgedanke auf, darf aber mit diesem nicht identifiziert werden. Der Nationalitätsgedanke aber barg in sich den Staatsgedanken, war bei allen Völkern die rein gefühlsmäßige, den menschlichen Hoffnungen und ihrem Egoismus am meisten entgegenkommende Form, aus der allmählich nach Befriedigung der Nationalitätswünsche der Staat entspringen konnte. Eigenartigerweise wird dieser individual-psychologische Zusammenhang auch durch äußere Ereignisse dokumentiert: Zur gleichen Zeit, zu der in der Paulskirche über die Errichtung des deutschen Nationalstaates verhandelt wird, spricht Berner im Archiv 551:

„Daß nur zum Schutze des Privatrechtes ein Notwehrrecht existiere, will uns durchaus nicht befriedigen. Warum sollte eine Bürgerschaft, die gegen eine hochverräterisch hereinbrechende Horde zum Schutze des Staates die Waffen ergreift, strafbar sein?“

Ebenso erklärt bald darauf Binding: (Handbuch I, 733) „Es handelt sich nicht um Selbstverteidigung (sc. bei der Notwehr), sondern um Rechtsverteidigung, die sogar Staatsverteidigung sein kann.“

Diesem Anstoße folgt alsbald das Gros der Literatur, wenn auch mit weit auseinandergehenden Ausdehnungen. So v. Bar III 195, von Campe 486 ff. Finger Lehrbuch 384, Frank Anm. I zu § 53, Hachenburg 505, Lampson 22 ff. Hugo Meyer 276, Meyer-Allfeld 125, Oetker VJA 277, dann in den Gerichtssaalabhandlungen, Schwartz.

In jüngster Zeit erst hat auch das Reichsgericht nunmehr unter Ausschaltung jedes Zweifels für die Praxis die Zulässigkeit der Notwehr zugunsten des Staates ausdrücklich bejaht:

„(RGS 117, 138 ff. 141.) Ist Notwehr, wie nicht zu bezweifeln ist, gegenüber Angriffen auf Rechtsgüter des Staates überhaupt zulässig, so ...

Die neueste Entscheidung des Reichsgerichts in dieser Sache, ergangen in einem der „Feme“prozesse verfolgt das Problem immerhin in seinen Ausgangspunkt, begründet aber einfach die Zulässigkeit der Staatsnotwehr damit, daß „nicht angenommen werden könne, daß der Gesetzgeber dem Bestand des Staates geringeren Schutz gewähren wollte, als der Erhaltung sonstiger Rechtsgüter“ (RGSt 63, 220). Diese Argumentation, zu Ende geführt, bedeutet allgemeine Verbrechenshinderung; denn die Notwehr ist auch zugunsten einer Stecknadel gestattet. Damit sind alle Güter, die mehr wert sind als eine Stecknadel individuelle wie allgemeine, notwehrfähig!

Eine solche, alle Bedenken mit einem Schlage beseitigende Selbstverständlichkeit bei der Entscheidung muß nicht ganz unbedenklich anmuten, zumal das Reichsgericht wenige Jahre vorher (im 56. Bande) das Problem nicht glaubte entscheiden zu dürfen und es umgangen hat, obwohl der damals zur Aburteilung stehende Fall eine Klärung der Frage weit eher erfordert hätte als eine durch die „Staatsnotwehr“ gedeckte Polizeimaßregel. So erscheint die Entscheidung gerade mit Rücksicht auf die Unduldsamkeit ihrer Fassung nur als im allgemeinen Rahmen zu wertender Faktor, der m. E. aber geringer zu veranschlagen ist als die an Autorität vielleicht minderwertigere Entscheidung des OLG Dresden (JW 1925, 1025) die dem „patriotischen Gefühl“ die grundsätzliche Berechtigung zur Notwehr zuspricht, da zu den rechtsschutzwürdigen „idealen Gütern auch das — von der Parteistellung und der Stellung zum Staate und zur Staatsform unabhängige — edle und jedes Schutzes würdige Gefühl der Vaterlandsliebe rechne“. Auf die Entscheidung wird noch einzugehen sein.

Bedeutsam ist h i e r allein die darin enthaltene allgemeinrechtliche Anerkennung eines Staats- oder Vaterlandsgefühls, als des Gefühls der Zugehörigkeit zum Staate, der Zusammengehörigkeit mit ihm und der Verbindung seiner mit den eigenen Interessen. Dieses patriotische Gefühl setzt aber ein objektives, generelles Verhältnis gleicher Art des einzelnen zum Staate voraus, und mit einem solchen Verhältnis ist die Lösung des Individual-Kollektivprinzips für die Notwehr in dem eingangs angeführten Sinne gegeben.

Die Staatsnotwehr ist, wenn auch mit den verschiedensten Begründungen, heute anerkannt. W a s aber unter Staatsnotwehr zu begreifen ist, ist lebhaft umstritten. Nur der Staat, seine Existenz oder auch sein Funktionieren, sein Wohlergehen sind notwehrfähig?

Was ist der Staat? Worin liegt der Unterschied gegenüber der Rechtsgemeinschaft schlechthin? Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, auf die Anschauungen darüber einzugehen. Es mag genügen, daß darunter zunächst die Kompetenzkompetenz verstanden sein soll, das heißt die g e s a m t e durch die Rechtsordnung geschaffene und e r m ö g l i c h t e Rechtsgüterwelt, die gesamte Existenz jenes zwischen den einzelnen und die Allheit geschobenen eigenlebendigen Gliedes. Die letzte Charakterisierung ergibt sich aus

dieser Stellung und damit der Betrachtung des Staates in seiner Stellung zu den anderen gleichgeordneten Gemeinschaften innerhalb der Allheit.

Nur diese Existenz des Staates ist, das mag vorweggenommen sein, Gemeingut aller in dem Staate lebenden Rechtsgenossen nach der Meinung der Rechtsordnung, wie sie heute bei uns und fast überall herrscht. Alle anderen Verletzungen, die den Staat unmittelbar oder mittelbar treffen, die seine Stellung nach außen oder innen schwächen könnten — soweit ihr End ziel nicht die Richtung auf seine Existenz ist — sind nicht „der Staat". Freilich kann ein Staat solche Teilverletzungen, wie die der Staatsform, durch ausdrückliche Rechtssatzung mit seiner Existenz derartig verbinden, daß er mit dieser Teilverletzung selbst sein Dasein aufgeben will; das bedarf jedoch besonderer Feststellung. Die gegen die Existenz des Staates gerichteten Angriffe sind regelmäßig solche von außen. Auch aus diesem Grunde zeigt sich die Notwendigkeit, die „völkerrechtliche Stellung" des Staates kurz zu umreißen.

Möglich ist die Existenzverletzung gleichermaßen von außen wie von innen. Es gibt auch Mischformen, wie den Landesverrat, bes. den Kriegsverrat. Der Angriff von innen ist aber nur zu umschreiben, wenn die völkerrechtliche Betrachtung den Staatsbegriff freigelegt hat. Wer den Staat nur nach seiner innerstaatlichen Rechtsordnung begreifen will, wird seine letzte Beziehung missen und ihn nie ganz begreifen können. Denn auch diese letzte Beziehung ist eine rechtliche, nicht nur eine tatsächlich-politische.

§ 5. Der Staat in der Völkergemeinschaft. Der Krieg.

Für die Berechtigung, dem Staate bei Gefährdung seiner Existenz zur Seite zu stehen, sei es auch im Rahmen der Notwehr, ist entscheidend der Charakter des Staates als Haftungseinheit, die sich aus der völkerrechtlichen Betrachtung ergibt.

Der Begriff der Haftungseinheit ist bereits bei der Notwehr begegnet. Auch sie verhaftet die ganze Rechtssphäre eines Rechtsgenossen für eine von diesem begangene Handlung, wenn sie hier auch nur auf eine als rechtswidrig beurteilte beschränkt ist. Sie ergab sich aus der natürlichen, lebendigen Einheit des Rechtsgenossen und der Bezogenheit aller Rechtsobjekte auf diese oder eine Gruppe von ihnen.

Als einen solchen lebendigen untrennbaren Körper lernt man auch den Staat kennen, wenn man ihn in die Rechtsgemeinschaft der Menschen hineinstellt.

Auf die Notwendigkeit einer völkerrechtlichen Betrachtung des Staates weist schon Holtzendorff 52: „Die Verschiedenheiten des staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Standpunktes der Beurteilung erweisen sich darin, daß ein und dieselbe Handlung des Verfassungsumsturzes in Beziehung auf die dabei in Betracht kommenden Individuen von der strafrechtlichen Seite als verbrecherisch und strafbar, gleichzeitig aber auch in Beziehung auf die dabei wirkenden Völkerkräfte als durchaus zuverlässig oder rechtmäßig vom Standpunkt des Völkerrechts erachtet werden kann."

Die automatische Folge ist auch für ihn: Die Unabhängigkeit der Staatsform — „der Regierung" — von dem Staat.

Voraussetzung für eine solche Betrachtung ist freilich, daß die Allheit der Rechtsgenossen, wenigstens die auf unserer Erde, eine eigene Rechtsgemeinschaft darstellt und eine Rechtsordnung kennt, die die Rechtsgenossen einer bestimmten kleineren Rechtsgenossenschaft über diese hinaus bindet. Diese Entwickelung ist eingetreten mit der Anerkennung eines Völkerrechts durch die einzelnen Rechtsgenossenschaften.[1]) Ueber die Entstehung und Fortbildung des Völkerrechtes steht fest, daß es seinen Ausgangspunkt genommen hat und heute noch seine größte Bedeutung entfaltet in dem Kriege. Da nun der Krieg zugleich die stärkste „Verletzung" des Staatsbestandes enthält, mag von ihm ausgegangen werden. Es sei noch vorweg bemerkt, daß in diesem Charakter des Staates als Haftungseinheit der tiefe rechtspolitische Grund für die Berechtigung des einzelnen zur Staatsnotwehr liegt. Nicht deshalb weil beide gleichermaßen eine Haftungseinheit darstellen, das eine Mal in Beziehung auf einen einzelnen, das andere Mal zu einem anderen Staate, sondern weil aus dem Gefühl des einzelnen, durch und für den Staat verhaftet zu sein, eine gewisse Verkörperung des Staates in jedem einzelnen entsteht. Eine Verkörperung, wie sie z. B. auch die Kirche bei ihren Gläubigen mit Recht voraussetzt, wenn sie sie lehrt, daß ihr Körper ein „Tempel des Heiligen Geistes" sei; das will für den Staat besagen, daß durch das Gefühl der gegenseitigen Abhängigkeit ein jeder sich als einen Teil der Staatsverantwortlichkeit betrachtet.

Die Staatshaftung gilt für den Rechtsgenossen, sofern ihr Handeln Staatshandeln ist, indem dann nicht nur der handelnde Rechtsgenosse, sondern die ganze Gemeinschaft dafür eintritt. Und die Staatshaftung gilt durch ihn, da der Staat letztlich in seiner Haftung immer getroffen wird durch Eingriffe in die Fähigkeiten und „Rechte" der einzelnen Rechtsgenossen.

Regelmäßig gegen die Existenz des Staates gerichtet sind die von außen gegen ihn getragenen Angriffe auf seine äußeren Erscheinungsformen, das Gebiet und die Bevölkerung. Sie sind zu unterscheiden in Krieg und sonstige Eingriffe wie Bandeneinfälle und Grenzübergriffe wesentlicherer Natur. Bei den letzteren stets

[1]) Über seine geschichtliche Entwickelung Lueder 287 ff.

widerrechtlichen Angriffen ist die Verteidigungsmacht des einzelnen im Rahmen der Notwehr in vollem Umfange gegeben, wenn es sich nur um Antastung der Staatsintegrität handelt. Als solche erscheint jedoch nicht nur der auf Vernichtungswillen des Gesamten gerichtete Angriff, sondern schon jedes auf Verringerung des Staatsbestandes, also Territorium und Volk, zielendes Vorgehen. Das ist anzunehmen, obwohl der Staat als solcher derselbe bleibt, wenn auch ein Stück Territorium oder ein Teil der Bevölkerung abgetrennt wird, obwohl also der Staat durch Territorium und Bevölkerung nicht eindeutig bestimmt ist. Denn wenn erst einmal ein fest umgrenztes Gebiet und eine dazu gehörige Bevölkerung einer Staatshoheit unterworfen ist, so trifft jeder unmittelbare Eingriff, der die Belassung dieser abgegrenzten Teile bei dem Staate, unter der **Rechts**herrschaft des Staates, zum Gegenstande hat, den Staat selbst. Die Staatsgewalt ist ungeteilt, jeder Staatsgenosse ist Bürger des ganzen Staates, und Eingriffe, die das Rechte- und Pflichtenverhältnis zwischen einzelnem und Staat das Verhältnis von Rechtshoheit und Rechtsunterworfenheit auflösen wollen, bedeuten eine Untergrabung der Rechtsgemeinschaft, ein Infragestellen ihrer Existenz. Hier ist jeder Rechtsgenosse, nicht nur der in dem bedrohten Landesteil beheimatete oder ansässige zur Abwehr des Angriffes berechtigt, wenn die Vollziehungsorgane des Staates dazu nicht ausreichen.

Nicht gehört hierzu aber der Fall der staatlichen Ehrverletzung, wenn sie auch gleichfalls eine gewisse Untergrabung der Staatsautorität enthält, also etwa die beleidigende Behandlung eines Gesandten; denn eine solche bildet unmittelbar noch keine Existenzgefahr.

Der Krieg unterliegt dem Notwehrrecht dagegen im allgemeinen nicht. Eine Unterscheidung von gerechten und ungerechten, Angriffs- und Verteidigungskriegen gibt es als Rechtfertigung für Kriegshandlungen nicht mehr, nachdem die frühere Doktrin eine solche aufgestellt hatte. Sie stand und fiel notwendigerweise mit dem Naturrecht, das angeblich über die staatlichen und zwischenstaatlichen Rechtsvorschriften hinaus entscheiden konnte, ob jene Gesamthandlung des Krieges durch die Motive ihrer Herbeiführung als notwendig (nur das konnte „rechtfertigen") oder entschuldbar anzusehen war. Mit einer Unterscheidung der Kriege fiel folgerichtig jede rechtliche Sonderbehandlung des Krieges. Über das Ziel aber wurde hinausgeschossen, als er aus dem Rechte überhaupt gewiesen wurde. Man faßte ihn dann vom Standpunkte des jeweiligen Staates und allein durch die positiven „zivilen" Normen des eigenen Staates auf, sah in ihm eine Art Naturgewalt, triebhaftes, ungeordnetes menschliches Handeln, das normalerweise rechtswidrig war und nur bei den eigenen Rechtsgenossen als Notwehrhandlung

erschien. Daß die andere Seite doch eben solche Notwehr übte, übersah man. Und so konnte noch 1870 Dahn schreiben:

„Krieg ist bewaffnete Selbsthilfe eines Staates gegen einen anderen Staat ... es tritt also hier das Recht der Notwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff ein, wie es jeder gegen den Räuber oder Mörder, der ihn überfällt, üben darf" (1). Ähnlich im Ergebnis Becke (423), aber noch in neuester Zeit Alberti 64: „Im Kriegsrecht gilt, daß die nichtmilitärische Bevölkerung dem eigenen Staat nicht mit Gewalttätigkeiten und Feindseligkeiten gegen den Feind beistehen darf. Dieser Satz ist mit den Notwehrgrundsätzen nicht vereinbar." Schläger 41.

Dagegen fassen den Krieg schon im 19. Jahrhundert als „Rechtszustand" auf Friedrich-Demme 389, Waechter, deutsches Str. 194, Jarcke 111, der in Zweifel zieht, ob ein Bürger das Recht hat, feindliche Soldaten zur Kriegszeit innerhalb des Landes zu töten und dazu meint: Außerhalb der Notwehr nicht!, Simon 15, der die Rechtmäßigkeit des kriegerischen Handelns anerkennt, aber Notwehr gegen dieses zuläßt. Auf die Notwehr des Nichtkriegers beschränkt sich Heffter 38.

Immerhin erkennt Dahn schon an, daß der durch den Krieg herbeigeführte Zustand kein rechtloser sei; die Notwehr sei unvermeidlich, weil es „über den einzelnen Staaten keine Richter und Gerichtshöfe gäbe". Gerade der Gegenschluß ist richtig, da der angebliche Mangel von Richtern (gemeint ist wohl Recht) gar kein Urteil über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Angriffes zuläßt. Übrigens wird auch schon von Becke ein Kriegsgebrauch anerkannt und insbesondere dessen wichtigster Grundsatz, daß die Kriegsführung sich auf die Staaten, d. h. Truppen, Heere beschränke. Dann ist aber für rechtswidrige Angriffe kein Raum mehr.

Nicht unerwähnt bleiben soll die Behandlung dieser Frage unter dem Gesichtspunkte, ob die Verletzung eines vom Rechte nicht geschützten Objektes, eines rechtlosen Wesens, rechtswidrig sei. Als Ergebnis kam dabei oft heraus, daß die Tötung eines fremden Soldaten mangels seines rechtlichen Schutzes wie die Tötung eines Tieres rechtmäßig sei. Die Tötung durch einen solchen blieb jedoch immer rechtswidrig.

Die neue Anschauung, die in den Normen des Völkerrechtes für die Rechtswertung und auch das Verhältnis von Rechtshoheit und Rechtsunterworfenheit dem innerstaatlichen Rechte „gleichgeordnete" Normen erblickt, begreift den Krieg als etwas dem Rechte Unterworfenes, als ein notwendiges Übel, dessen Unterlassung wenigstens bisher noch nicht den Völkern geboten werden konnte, der also als Gesamtheit von Akten zweier Staaten unter der Wertung und unter dem Schutze des Rechtes steht; der Krieg ist an sich eine äußere Tatsache; man faßt unter ihm eine Menge von Handlungen zusammen, die von beiden Seiten zu einem bestimmten Zweck unternommen werden, nämlich Vernichtung oder doch Schwächung des Gegners. Die Einzelakte sind Verhalten von Einzelpersonen, von Mitgliedern der beiden im Kriege liegenden Rechtsgenossenschaften, gleich ob sie Organe der einen oder anderen Partei sind oder an sich Unbeteiligte. Die Grenze dieses „Krieges" ist flüssig; sie gibt außerdem die Frage auf, ob für die Qualität der Kriegshandlung — als des juristischen Begriffes — der subjektive Zweck des Handelnden oder eine in objektiver Prognose

gewonnene Zwecksetzung, der Zweck des einzelnen oder der ganzen Rechtsgenossenschaft entscheidend sei.

Auf Grund der von Beling (Exterritorialität 134) gegebenen Darstellung der herrschenden Lehre:

„Jeder Staat muß deshalb den Krieg als einen rechtlichen Vorgang auch auf Seiten des Gegners ansehen. Hieraus entfließt als völkerrechtliches Postulat, daß im Falle eines Krieges ein jeder der kriegführenden Teile die Frage nach Recht oder Unrecht der im Laufe der Feindseligkeiten vorfallenden Handlungen über den engen nationalen Horizont heraushebe und alle solchen Akte unbedingt nicht als rechtswidrig anerkenne, die von Seiten der gegnerischen Kriegsmacht oder auch eines neutralen Staates unter Einhalt der völkerrechtlichen Schranken der Kriegsführung vorgenommen werden."

wird man nunmehr sagen können: Der Krieg gibt, ähnlich der innerstaatlichen Organstellung, für die Kriegführenden, Staaten wie einzelnen, einen Rahmen gewisser erlaubter Handlungen, die vom Standpunkt des Landesrechtes garnicht oder mit anderer Begründung als rechtmäßiges Verhalten erscheinen würden. Jedes die Interessen zweier gegeneinander kriegführenden Staaten berührende Verhalten unterliegt der völkerrechtlichen Wertung. Ist das Verhalten des Rechtsgenossen überdies durch das innerstaatliche Recht als organschaftliches gekennzeichnet, so folgt aus der Beurteilung eines solchen Verhaltens, insbesondere bei einem Soldaten, eine Überschneidung beider Wertungen. Da beide Wertungen über das normale Maß von staatsbürgerlichen Befugnissen hinausgehen, erscheinen beide in der positiven Form von Befugnissen. Eine solche besondere Befugnis im Sinne der Kriegshandlung liegt schon dann vor, wenn der Staat für den Kriegsfall Handlungen gestattet, die im Frieden verboten wären, wie überhaupt die Völkerrechts*technik* sich ebenfalls der Aufzählung des rechts*widrigen* Handelns befleißigen kann, aber dabei im Rahmen des ganzen Rechts *positiv* wirkt. Die beiden Wertungen fallen nicht notwendig zusammen; es gibt auch Völkerrecht für Nichtsoldaten. Deshalb bleibt aber die Rechtswertung „gleichzeitig"; der positive Charakter der Regelung folgt lediglich aus dem ja nicht systematischen Unterschied von Regel und Ausnahme, und alle „Überschneidungen" betreffen nur die Rechtsquellen; sie wirken auf den Rechtsgenossen aber nur als einheitlicher Rechtssatz. Die Gesamtheit der völkerrechtlichen Befugnisse im Rahmen des Krieges nun ist das „Kriegsrecht".

Den Inhalt des völkerrechtlichen Kriegsrechtes zu bestimmen, ist hier nicht die Aufgabe; es genüge der Hinweis, daß gewisse Schranken in der Wahl der Kriegsmittel bestehen. Außerdem sind kriegerische Handlungen nur soweit gestattet, als sie zur Erreichung des Kriegs*zweckes* notwendig sind. Handlungen, die über die Schranken des Kriegsrechtes hinausgehen, sind widerrechtlich. Gegen diese rechtswidrigen Handlungen nun sind einmal kriegsrechtliche

Maßnahmen möglich — dieser Fall bietet keine Zweifel —, dann aber auch solche Maßnahmen, die sich ohne das rechtswidrige Verhalten des Gegners, also „an sich“ als Verletzungen des Kriegsrechtes erweisen würden. Sind diese zweiten auch rechtlich zulässig? Die von der Literatur hierauf gegebene Antwort ist einmütig: Ja. Verschieden ist die Begründung. Die eine, wohl noch herrschende besagt, es liege Notwehr vor, da beim Gegner ein rechtswidriger Angriff vorliege, gegen den Notwehr zulässig sei, und zwar eine Staatsnotwehr! Für die Notwehr ist im Kriege jedoch kein Raum, für die individuelle regelmäßig nicht, für die staatliche überhaupt nicht.

(Huber 355: Der Begriff der Notwehr hat im Kriegsrecht keinen Platz, im Verhältnis von Staat zu Staat nicht, weil das Recht, wenn es nicht die Grundlage des positiven Völkerrechts verlassen will, zwischen erlaubten und unerlaubten Kriegen nicht unterscheiden kann, in der Kriegführung nicht, weil der Krieg sowieso die Anwendung der Gewalt gestattet, also auch hier diese als Gegenwehr oder als präventiver Angriff nie unzulässig sein kann. Schück 2.)

Für die hier auftauchenden Fragen hat sich ein grundlegender, die Anschauung vom Rechte überhaupt in zwei Lager spaltender Gegensatz herausgebildet. Aus der Erkenntnis, daß der Krieg als völkerrechtliches Institut nicht mehr unbeschränkt zulässig sei, sondern sich auf die Kämpfe zwischen den beiderseitigen Heeren beschränke, kam die Meinung auf, daß das Völkerrecht überhaupt nur die Staaten „binde“, nur in den Staaten seine Normadressaten habe. Diese Meinung Triepels (Staats- und Landesrecht) ist noch heute als die herrschende zu bezeichnen. (Schön 23, Becke 482, Beling 17.)

Ihre kulturelle Bedeutung für die völkerrechtliche Entwickelung soll nicht verkannt werden. Das hindert aber nicht ihre systematische Bekämpfung. Sie beruht auf der Zusammenwerfung von Rechtsobjekt und Rechtsadressat. Alleiniger Rechtsadressat ist der einzelne Rechtsgenosse, der Mensch. Lediglich zivile Berechtigungen und Verpflichtungen, Haftung usw. können Körperschaften treffen. Triepels Meinung müßte daher nach der hier vertretenen Anschauung wenigstens dahin ausgelegt werden, daß die völkerrechtlichen Normen nur an die Staats*organe* gerichtet seien. Aber auch in dieser Form ist die Betrachtung einseitig und willkürlich. Zweifellos gibt es auch völkerrechtliche Vorschriften, die nur die innerstaatliche organschaftliche Stellung eines Beamten mit umschreiben, materiell seine Befugnisse und Pflichten im Hinblick auf die anderen Volksgenossen, aber auch Staaten erweitern. Aber es gibt nicht *nur* solche Vorschriften. Die Eigentümlichkeit des Völkerrechts liegt lediglich in der Besonderheit des Rechts*objekts*,

insofern als ein Verhalten in Frage steht, dessen Auswirkungen tatsächlich die Gewaltsphäre eines Staates überschreiten und daher von einer Rechtsgemeinschaft allein einfach nicht gelöst werden können. Das Recht ist und bleibt aber eine Einheit, gleich wer als Normgeber auftritt, der Staat oder die Allheit. Ganz etwas anderes ist hierbei natürlich die Frage, wann Staatsverträge auch eine unmittelbare Wirkung auf den einzelnen erhalten. Das ist zu beantworten danach, was alles den Quellen nach als Recht anzusehen ist, nicht danach, wen dieselben treffen.

(Gut Beling 17: „Das Objekt, dem die Völkerrechtsordnung gilt, ist garnichts anderes als das Objekt, dem auch die nationalen Rechte gelten, nämlich das menschliche Leben in seiner Betätigung". Nicht zu billigen der Anhang „Das Völkerrecht verfährt mittelbar."

Daher ist die kriegsrechtliche Handlung nie staatliche Notwehr, sondern „gewöhnlicher" (Völker)Rechtsfall. Sie ist regelmäßig überhaupt nicht Frage der vorliegenden Arbeit, der materiellen Legitimation — mit einer gleich zu erwähnenden Ausnahme —, sondern nur Umschreibung einer formellen. Der Krieg ist (völker)rechtlich als Kampf zwischen zwei „Heeren" anzusehen, d. h. zwischen zwei besonders legitimierten Gruppen von Staatsorganen. Technisch erschöpfen sich die Normen des Kriegsrechtes in der landesrechtlichen — Militär — Disziplinargesetzgebung und ergänzend aus den Gewohnheits- oder Vertragsnormen des Völkerrechts. Hier gewinnt nun der der Arbeit vorangestellte Gegensatz von Beamten und Organ eine besondere Bedeutung. Unter „Kriegshandlung" wird nämlich zumeist ein Verhalten verstanden, das auf persönlicher Staatsstellung, nicht aber sachlich-formeller Legitimation beruht, nämlich das Verhalten eines „Militärs" im Kriege. Den Gegensatz hierzu bildet dann der „Zivilist", d. h. einer, der nicht im Soldatenrock steckt und sich daher nur auf eine materielle Legitimation berufen kann. Es sei nun die Handlung des Soldaten „als solche" Handlung des Staates und unterliege daher dem Urteil der Rechtswidrigkeit nicht.

Hofacker 655: „Die Strafandrohung kann von vornherein nicht gerichtet sein gegen den Staat selbst und seine Organe . . . . Die Kriegsverbrechen Deutscher, soweit sie in hoheitlichen Handlungen von Staatsorganen zu Kriegszwecken bestehen, sind i. a. keine bürgerlichen Verbrechen . . . auch dann nicht, wenn sie fehlerhaft sind (S. 43)" Wenn dabei Hofacker meint, der Krieg schließe die individuelle Haftung aus, so ist das ohne weiteres zuzugeben. Es ist ihm nur mit Wegner entgegenzuhalten, da eben „Krieg" Einhaltung der völkerrechtlichen Kriegsregeln und damit Handelnslegitimation bedeutet. (601)

Gegen diese Meinung sprechen schon allgemeine praktische Gesichtspunkte; nach ihr würde der Staat nicht in der Lage sein, die Verantwortung für ein sachlich nicht zu billigendes, sittlich gemeines und rechtlich verworfenes Verhalten von sich auf den allein schuldigen einzelnen abzuwälzen, sondern müßte selbst dafür haften, nur aus dem Grunde, weil der Betreffende zugleich Soldat ge-

wesen ist. Er könnte den einzelnen nicht bestrafen und damit dem rechtswidrig verletzen Gegner Genugtuung verschaffen, sondern müßte, obwohl er selbst das Verhalten auf das schärfste mißbilligt hat, das ganze Volk für den einen einspringen lassen, — ein Standpunkt, der der im Strafrecht herrschenden Anschauung — Teilnehmerexzeß — direkt ins Gesicht schlägt. Man könnte demgegenüber hier nicht einmal sagen: Der Staat müsse die Organe eben so sorgfältig aussuchen, daß er sich auf sie verlassen könne und deren Rechtswidriges Handeln als Folge falscher Auswahl tragen müsse; denn das ist zivile Konstruktion, die noch viel weniger im Kriege Anwendung finden kann, wo der Staat auf alle körperlich Tauglichen angewiesen ist und keine Auslese halten kann.

Zu diesen allgemein-praktischen Erwägungen tritt aber systematisch die unmögliche Folgerung, daß das Recht eine Zweiteilung erfahren müßte und im Verhältnis zu dem einzelnen ein anderes Urteil fällen würde als im Verhältnis zu dem „Staat“ d. h. dessen Organen.

Tatsächlich zeigt sich auch ein Zusammenhang zwischen der völkerrechtlichen „Staatstheorie“ und der „Beamtentheorie“. Auch das Völkerrecht bietet für das Staatsorgan keine Besonderheit. Sofern es nur organschaftliches Handeln betrifft (und das ist die Regel) umschreibt es lediglich den Kreis der Handlungen, die dem einzelnen staatlich speziell für den Krieg ermächtigten Organ als „Kriegsstaatsorgan“ gestattet sind. Der Soldatenrock allein aber bedeutet nichts, ebensowenig wie die Innehabung eines Amtes für organschaftliches Handeln.

Schwierigkeiten aus den genannten Grundsätzen ergeben sich erst, wenn zwei Voraussetzungen für die rechtliche Betrachtung vorliegen:

1) Die nichtkriegsrechtliche Handlung im Kriege, also ein rechtswidriges Verhalten, u n d

2) Die Sanktionierung eines solchen Verhaltens durch den Staat im Widerspruch zu dem Völkerrecht.

Bei rechtswidrigem Handeln im Kriege ergeben sich zwei Möglichkeiten (und auch sonst im Verhältnis zu anderen Staaten)

a) jemand begeht im Kriege gegen den Gegner eine völkerrechtswidrige Handlung, die zugleich von seinem Staate v e r boten oder ihm zwar gestattet ist, die der Staat aber nicht mit seiner Auffassung ausdrücklich deckt,

b) eine, die von dem eigenen Staat — generell oder speziell — gedeckt, ja g e boten wird, damit aber völkerrechtswidrig bleibt (Verdroß 47). Auch gegen solche rechtswidrigen Handlungen des Gegners ist nicht ohne weiteres „Notwehr“ zulässig, selbst wenn das Requisit der Erforderlichkeit, der Verteidigungshandlung be-

sonders betont wird. Die Eigentümlichkeit der Notwehr liegt wie bereits erwähnt, in der Personalhaftung des rechtswidrig Angreifenden. Die staatliche Notwehrbestimmung bezieht sich daher stets auf das entgegentretende rechtswidrige Verhalten eines einelnen, auch auf das eines einzelnen fremden Rechtsgenossen. Wenn daher der einzelne Gegner eine nicht im Kriegsgebrauch beruhende Handlung vornimmt, etwa Ermordung von Verwundeten auf dem Schlachtfelde, so ist gegen ihn — neben Kriegsmaßnahmen — die „zivile" Notwehr zulässig, gegen ihn und seine Rechtssphäre; nicht dagegen auch ohne weiteres trotz Erforderlichkeit auch gegen seine Kameraden. Ob das rechtswidrige Handeln seitens eines Zivilen oder eines Staatsorgans vorgenommen wurde, ist gleichgültig; denn das Verhalten eines Soldaten ist eben, wenn es außerhalb des Auftrages liegt, wie das eines Zivilen zu behandeln. Diese Notwehr ist aber — der einzige Fall im Kriege — eine individuelle. Sie richtet sich nicht gegen den Staatsangriff des Gegners, sondern gegen die begrifflich sich nur individuell auswirkende Überschreitung des Kriegsrechts. Eine besondere Stellung verdient aber das Handeln, das im Auftrage der Rechtsgenossenschaft, also im Rahmen der Organstellung, geschieht, und durch völkerrechtliches Verbot für rechtswidrig erklärt ist. Die Eigenart dieses Verhaltens liegt darin, daß hier der einzelne aus der Betrachtung ganz ausscheiden kann. Wer im Rahmen seines Auftrages nach den Normen des Völkerrechts rechtswidrig handelt, erscheint nicht mehr allein als rechtswidrig Handelnder, sondern statt seiner erscheint der Staat als jenes eigenartige, die besonderen Normen des Völkerrechts bedingende Subjekt.

Für die Frage der Rechtswertung ist es gleichgültig, ob das Handeln des einzelnen, das ja allein der Rechtswertung unterliegt, im Rahmen der landesrechtlichen organschaftlichen Befugnisse liegt. Für die Wertung setzen Landes- und Völkerrecht gleichermaßen ein mit dem vorher gekennzeichneten Ergebnis, daß die negative Wertung, gleich durch wen sie ausgesprochen wird, durchgreift. Für die Frage aber, wem das rechtswidrige Handeln zuzuschreiben sei, wer für die Folgen dessen haftet, erscheint statt des einzelnen die Gesamtheit der Rechtsgenossen, eben der Staat auf dem Plan. Darin gerade liegt der Sinn der Haftungseinheit des Staates für die Rechtsgemeinschaft. Im einzelnen bedeutet das, daß für die Gesetzgebung, die Rechtsschöpfung, die Gesamtheit der Rechtsgenossen verantwortlich ist, mag auch ein großer Teil derselben den einzelnen vom Staate erlassenen Rechtssatz nicht unterstützt, ja mißbilligt haben. Diese Haftungseinheit des Staates ist das vorher gekennzeichnete Band, das zwischen einzelnem und der Rechtsgemeinschaft bei der heutigen politischen Staatenstruktur (also keineswegs mit rechtlicher Not-

wendigkeit) die unlösliche Verbindung schafft, und das enge Interesse des einzelnen an der Erhaltung des Staates begründet. Aus ihr ergeben sich nun zwei Folgerungen: für das Verhältnis von Landes- und Völkerrecht:

1) Als Haftungseinheit für den organgemäßen rechtswidrigen Angriff erscheint in ähnlichem Sinne wie bei der Notwehr die gesamte Rechtsgenossenschaft, der gegnerische Staat. Das ist aber keine Notwehr des inneren „Landes“rechtes. Sie kann nur einen Anhalt bieten für eine entsprechende Bestimmung des Völkerrechtes. Und diese kann ebenfalls nur das Haftungsobjekt Staat berücksichtigen, so daß die Rechtssphäre des einzelnen in dem „widerrechtlich Handelnden“ Staate insoweit **nicht** von der Haftung umfaßt wird. Dieser Grundsatz findet Anwendung in der Vorschrift der völkerrechtlichen Repression oder Retorsion, d. h. der Befugnis des unrechtmäßig angegriffenen Staates, seinerseits zur Verhinderung der rechtswidrigen Angriffe Mittel anzuwenden, die ohne den rechtswidrigen Angriff verboten wären. Maßnahmen jedoch, die neben der Erforderlichkeit in der Art der Kriegsführung selbst auftreten, also den gegnerischen Staat, dessen Organe, in erster Linie treffen müssen, nicht sogleich den einzelnen gegnerischen Staatsangehörigen. Wenn der Staat also etwa bei Rückweisung einer kriegsrechtlich nicht gestatteten Maßnahme die Wahl zwischen zwei gleich wirksamen Handlungen hat, von denen die eine den Staat selber, also seine Soldaten, betreffen, die andere in die Rechte der „einzelnen“, etwa der Zivilbevölkerung eingreift, so darf der Staat nur die gegen den fremden Staat gerichtete ergreifen. Freilich ist dabei zu berücksichtigen, daß es ja gerade zu der Haftungseinheit gehört, wenn jeder Rechtsgenosse mit seiner gesamten Güterwelt für organschaftliches Handeln des Staates eintritt, so daß die Unterschiede praktisch schwer nachzuprüfen sein werden. Zur V o r n a h m e ist nun auch wieder lediglich der angegriffene S t a a t befugt; wie fast alles Kriegsrecht ist sie also Erweiterung der formalen Legitimation. Repressalien sind also rechtmäßige Kriegshandlungen.

Repressalien als Rechtshandlungen erkennen an: v. Schlayer 9: „Bei den auf Grund des Kriegsgebrauchs verhängten Maßnahmen (Erschießen von Franktireurs, Spionen) handelt es sich garnicht um Strafen im Rechtssinn, sondern um Sicherheits- und Abwehrmaßregeln ...“ Abzulehnen ist jedoch deren Unterwerfung unter das Kriegs„not“recht und die Einbeziehung der Spionage. Darüber unten: ferner Jerusalem 570 ff., Kohler Goltd. A. 62, 371; Oetker GS. 91, 401, Wittmaack 21, 34.

Sie umschreiben nur die durch rechtswidriges Handeln erweiterte Aktionsfähigkeit der gegnerischen Kriegspartei. Sie haben eine Wirkung nur gegenüber dem Staate; sie müssen daher begrifflich ausscheiden, wenn der gegnerische Staat die zur Repressalie etwa berechtigende Handlung seinerseits gegen die säumigen Rechtsgenossen verfolgt.

Aus der Funktionsstellung des Soldaten ergibt sich auch der Umfang für die Bestrafung von Militärpersonen durch den gegnerischen Staat. Hier greifen die Vorschriften des internationalen Strafrechtes ein, wie wir sie in den §§ 4, vor allem 3 StGB (territorial) haben. Freilich wird zu bedenken sein, daß in den unter feindlicher Besetzung stehenden Gebietsteilen die Staats- und damit Strafgewalt des Territorialstaates als suspendiert anzusehen sein wird. Deswegen kann der Satz: Nur der kriegsführende Staat kann seine Militärpersonen für ihre Kriegshandlungen zur strafrechtlichen Verantwortung ziehen, nicht der bekriegte (Oetker GS. 91, 401) in dieser Allgemeinheit nicht zugegeben werden. Man denke etwa nur an in unbesetztem Gebiet marodierende Soldaten. Auch die Exterritorialität des „Heeres" (Kohler) kann nur anerkannt werden, wenn darunter ein Funktionszusammenhang verstanden wird, nicht eine Uniformierung!

Die Grenzen sind hier sehr flüssig; es sei nur an den Fall Fryatt erinnert (vergl. Jerusalem Z. 563 ff.): Ein englischer Handelskapitän hatte ein U-Boot gerammt; er geriet später in deutsche Gefangenschaft, wurde hier einem Kriegsprozeß unterworfen, zum Tode verurteilt und hingerichtet. Der Fall ist schwer als Repressalie anzusprechen (so wohl im Ergebnis Jerusalem), da, selbst wenn der englische Staat derartige völkerrechtswidrige Betätigungen durch Zivilpersonen offiziell zuließ und guthieß, die Maßregel bereits individualisiert war. Möglich ist allein, daß seine Behandlung als **generelle** Repressalie gegen die englische Kriegsauffassung überhaupt anzusehen war — etwa die „Antwort" auf das Prinzip „aller gegen alle". Die normale generelle Repressalie auf diese englische Anschauung war z. B. der Kampf nunmehr auch gegen die derart in den Krieg hineingezogenen Privatschiffe, — der verschärfte U-Bootkrieg! Ob der Fall Fryatt etwa nach § 4 Z. 3 StGB der deutschen Strafbarkeit unterlag, ist doch sehr zweifelhaft.

Strafrecht und Repressalie schließen einander also aus. Sie sind vor allem begrifflich auseinanderzuhalten, nicht nur in dem Objekt ihrer Wirkung. Repressalie ist keine Rechtssanktion, weder mittelbare noch unmittelbare. Sie hat als Parteien gleichgeordnete Subjekte und kann daher ihrer Tendenz nach nur den Zweck haben, die Chancen auszugleichen, die dem rechtswidrig Handelnden entstanden sind. Sie stellt damit ein der Notwehr ähnliches Institut dar, jedoch keinen Fall derselben, sondern ein selbständiges überstaatliches Institut. Sie endet daher auch

1) mit dem Kriege, vor allem aber

2) mit der Individualisierung der Maßnahme, insbesondere also der Gefangennahme, nach der sie begrifflich nicht mehr denkbar ist. Hier tritt allein Strafbarkeit ein, wenn Strafhoheit, Rechtswidrig-

keit und Tatbestand vorliegen. Anders die englische Doktrin. Wie hier Verdroß 32, der freilich nur die zeitliche Begrenzung des Krieges (1) berücksichtigt.

Nicht berührt wird hiervon die individualisierte Repressalie in Gestalt der individuellen Notwehr (zugunsten eigener Güter!), die etwa im Falle Fryatt die Torpedierung des englischen Handelsschiffes berechtigt hätte. Diese gibt es eben gegen nichtkriegsrechtliches Handeln. Und in einem Falle:

Hart an der Grenze zwischen Landes- und Völker-(Kriegs)recht, Notwehr und Kriegsgebrauch steht die Spionage, die kein Fall etwa der Repressalie ist — die Spionage ist kriegsrechtlich gestattet — aber eine besondere, wenn auch individuelle Art der Kriegsführung, die wieder nach Kriegsrecht zur Tötung des Spions berechtigt. Daß sie — abgesehen von dem Falle des § 92 StGB — nicht landesrechtlich kriminell zu behandeln ist, sagt das Gesetz ausdrücklich (§ 91 StGB). (Daher auch keine Verfolgung nach Kriegsschluß! Ebenso Wittmaack 38). Gleich unzweifelhaft ist aber die Tötungsberechtigung nach Kriegs r e c h t. Der inländische Spion (§ 90 StGB) handelt rechtswidrig: seine Abwehr durch jeden Privaten unterligt dessen allgemeiner Staatsnotwehrbefugnis (über diese § 6). Der ausländische Spion aber handelt rechtmäßig! Notwehr gegen ihn ist ausgeschlossen. Soll nun der einzelne, der die Spionage eines Ausländers etwa in einem besetzten Gebiete hintertreiben könnte, während der Spion sich bis zur Herbeiholung des Militärs in Sicherheit brächte, nicht befugt sein, den drohenden, vielleicht viel gefährlicheren Angriff gegen die Existenz seines Staates als die durch einen inneren Spion verursachte, abzuwehren? Die Antwort kann nur lauten: Im Falle der Gefahr hat er die selbständige Abwehrberechtigung die — wie die militärische Exekution gegen ihn — bis zur Tötung des Spions gehen k a n n, wobei die Tötung aber nicht etwa ein V e r f a h r e n anstelle der Militärbehörde nach Kriegsrecht darstellen soll, wie die gegen jeden ertappten Spion ohne weiteres nach Kriegsprozeß zulässige Erschießung, sondern nur das nach konkreter Erforderlichkeit höchstzulässige Mittel der Abwehr bildet, dessen grundsätzliche Zulässigkeit nur aus der den Spion treffenden generellen amtlichen Kriegsmaßnahme geschlossen werden soll. Der Spion nämlich, der sich in eine feindliche Armee begibt, weiß und rechnet damit, daß er im Falle der Entdeckung sein Leben nicht nur aufs Spiel setzt, sondern verliert. Er steht bei aller Rechtmäßigkeit seines Handels daher dem widerrechtlichen Angreifer t a t s ä c h l i c h gleich; seine „Personalhaftung“ ergibt sich nicht aus dem Gegensatz von Recht und Unrecht, sondern aus dem tatsächlichen Zustand des Krieges und seiner Spioneigenschaft, und der damit verbundenen Gefährlichkeit und Gefährdetheit seines Vabanquespieles. Er unterliegt daher dem

Umfange nach, wenn auch nicht der systematischen Bezeichnung nach, der Notwehrberechtigung jedes Staatsangehörigen seines Gegnerstaates und zwar nach **Kriegsgebrauch**, also nach völkerrechtlich materiell-legitimierender Befugnis.

Vergl. hierzu die Schrift des Großen Generalstabs 1905: Kriegsgebrauch im Landrecht, zitiert nach Wittmaack 41: „Die Todesstrafe (des Spions) wird nicht wegen ehrenloser Gesinnung des Spionierenden verhängt — eine solche braucht nicht vorhanden zu sein — sondern wegen der besonderen Gefahr, die in der Heimlichkeit liegt, sie entspringt gewissermaßen der Notwehr."

Damit erschöpft sich die völkerrechtliche Betrachtung des Krieges. Alle sonstigen „Kriegs"handlungen sind rechtswidrig. Und ihnen gegenüber ist ganz abzulehnen der völkerrechtliche Begriff des „Staatsnotstandes". Die Notstandsfälle im Sinne eines Staatsnotrechts, eines konkreten Rechtsfalles, haben in dem Kriegsrecht ihre erschöpfende Lösung gefunden. Dieses wägt ja gerade die Chancen des Sieges und die Forderungen allgemeiner und besonderer Menschlichkeit mit einander ab und gibt die Entscheidung für das eine oder andere, je nachdem die Handlung unter Berücksichtigung des einen oder des anderen Gesichtspunktes noch gestattet werden kann oder nicht. Die sog. Kriegsraison ist dabei nichts weiter als ein Grenzfall des Kriegsrechtsfalls, bei dem die beiden Kräftegruppen in besonders starken und schwer entscheidbarem Maße auf einander einwirken. Die Entscheidung im einzelnen ist hier Frage des positiven, formell-legitimierenden Kriegsrechtes, deren Lösung außerhalb dieser Arbeit liegt.

Wenn durch den Begriff der „Staatsnot" der Krieg überhaupt und die in ihm — durch das Völkerrecht — gestatteten Handlungen „gerechtfertigt" werden (Oetker GS 85, 404; 91, 406), so stellt das nur einen Versuch dar, den sog. Rechtsgrund, d. h. die rechtspolitischen Gedanken für die Berechtigung der einzelnen Kriegshandlung zu erfassen, nicht aber einen „Rechtfertigungsgrund" im üblichen Sinne. Diese Staatsnot gibt keinen Anhaltspunkt für das Ob und Wie der Berechtigung, sondern setzt mit diesem gleichzeitig ein.

Soweit man aber unter Staatsnotstand ein „quasisubjektives" Moment versteht, etwa in dem Sinne Kohlers:

„Das Verhältnis des einen Staates zum anderen ist in höchstem Maße durch das Notstandsrecht geregelt. Der Staat, der um seine Existenz zu kämpfen hat, handelt recht, wenn er in seinem Kampfe in die Rechte anderer Staaten eingreift, auch in die Rechte der neutralen; denn seine Existenz geht vor! Hier gibt es auch keine höheren Interessen, denen die Existenz des Staates unterzuordnen wäre. Für den Staat gilt die unbedingte Pflicht der Selbsterhaltung". (!)

so verdient das allerschärfste Ablehnung. Die Kriegsgrenzen sind weit genug. Kohler übersieht dabei, soweit sein Standpunkt eine „Berechtigung" für den Staat enthalten will, daß vor dem Völker-

recht alle Staaten die gleiche Existenzberechtigung haben und die Zuerkennung eines solchen Staatsnotrechtes wie beim individuellen eine vollkommene Anarchie zur Folge hätte. Vor allem aber: Was ist Not? „Not" ist objektiv überhaupt nicht zu erfassen. Und inwieweit die Not des Staates dem einzelnen oder wenigstens den Staatsorganen als deren persönliche schuldausschließende Not anzusehen ist, gehört als subjektive Frage nicht mehr zum Thema. Es sei daher gegen Kohler nur noch die unübertreffliche Entgegnung Lammaschs angeführt (137 f.):

„Jede Zeit setzt ihr Pathos in andere Ziele: Religion, Nationalität usw. Die Existenz eines Staates aber hängt von der Verwirklichung dieser Ideale nicht ab. Darin liegt der Unterschied vom Notstand des Individuums. Allerdings kollidieren auch hier die Interessen. Aber mag man auch diese Interessen noch so oft vitale, Lebensinteressen nennen, so handelt es sich doch in alldiesen Fällen bloß um Bedingungen der Entwickelung nach einem Ziele zu . . . Jenes Einleuchtende des Konflikts, jenes wirklich Zwingende der Situation, das den privaten Notstand charakterisiert, fehlt dem Notstande des Völkerrechts."

Eigenartigerweise folgt die falsche Auffassung, bei Existenzgefährdung gäbe es einen völkerrechtlichen Notstand, unmittelbar aus der hier bekämpften Staatsauffassung. Lehrreich hier der Gedankengang Schoens (109): „Zur Auffindung der eng zu ziehenden Notstandsgrenzen gelangt man, wenn man beachtet, daß alle Völkerrechtsnormen für den einzelnen Staat nur auf Grund seiner Anerkennung gelten. Zweifellos Anerkennung auch von Normen zu seinen Ungunsten. Allein kein Staat kann vernünftigerweise sich verpflichten, eine Völkerrechtsnorm auch dann zu befolgen, wenn er dies nur auf Kosten seiner eigenen Existenz tun kann".

Aber seine Behauptung, „es könne im Völkerrecht höherwertige Interessen als die Lebensinteressen der (staatlichen!) Rechtsgenossen nicht geben", ist willkürlich. Über der Erhaltung der Staatseinheit steht eben die Erhaltung der Menschheit und der Gattung — ein Interesse übrigens, das sich wieder mit dem individuellen deckt, wenn auch das dazwischen geschobene Staatsinteresse andere Wege einschlagen mag. — Schoen selbst lehnt einen durch die Kriegsraison gebotenen Kriegsnotstand ab. A. A. offenbar Verdroß 73 ff. Lueder bringt fälschlich die Retorsion in die Kriegsraison (254). Sie gehört jedoch in das Kriegsrecht. Neben ihr gibt es aber keine „auch nur ausnahmsweise Außerachtlassung der Kriegsmanier aus Kriegsraison". Richtig Huber 373: „Die Beschränkungen, welche den Kriegführenden auferlegt sind, gelten selbstredend auch dann, wenn ihre Lage eine verzweifelte ist. Eine Truppe, die mit den völkerrechtlich erlaubten Mitteln zu siegen nicht imstande ist, hat nur die Wahl zwischen Untergang und Ergebung".

Mit der Abgrenzung von Notwehr, Repressalie und Strafrecht freilich befindet man sich an der Grenze subtilster rechtlicher Unterscheidungsfähigkeit. Und deswegen soll hier kurz auf etwas hingewiesen werden, das nicht streng in das Thema gehört, aber zur Charakterisierung der gegnerischen Meinung angeführt sein mag. Die an diesen Grenzen auftretenden rechtswidrigen Handlungen gehören, selbst das Bewußtsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit vorausgesetzt, nicht in die Kriminalität. Sie sind rechtswidrig beurteilt vom Standpunkt des objektiven Rechtes, das vermag, über den Kämpfenden ohne das Feuer des Für oder Wider seine Abmessungen zu treffen, das aber auch ohne grundsätzliche sittliche Stellungnahme zum Kriege das einmal Geschehene seinem Urteil in gleicher Weise wie im Frieden unterwerfen kann. Das Kriegshandeln ist aber kein „normales". Es ist nicht ohne weiteres meßbar mit dem Maßstab der zivilen ruhigen Gewohnheit, aus der sonst Verbrechen entstehen

mögen.* Sie sind „Kriegshandlungen“ in dem Sinne, daß sie begangen sind aus der Verantwortung einer ganzen Nation für ihre Rechtsgemeinschaft und für die subjektiven Güter, die aus ihr für den einzelnen entstanden sind. Der einzelne ist im Kriege von dem Bewußtsein des Rechtes durchdrungen und der Überzeugung, zu seiner Rettung angerufen zu sein. In allen Ländern.

Deswegen muß alles, was in dem Rahmen eines Krieges geschehen ist, mit diesem beendet sein, sofern es eben von jenem rechtsgenossenschaftlichen Gefühl getragen wurde. Wer den Frieden liebt, wird mit den Krieg mit allen Mitteln zu hintertreiben suchen und ihm dürfte es heute mehr gelingen denn je. Wenn er aber unaufmerksam geworden ist und ihn nicht hat verhindern können, so muß das Kriegsgeschehen auch von dem Juristen angesehen werden, was es ungekünstelt ist: Der Urkampf um das Sein, das Hervortreten des Behauptungstriebes, des Ich- oder in der heutigen Form das Wirbewußtsein. Und in diesem Kampfe herrscht keine Zimperlichkeit. Güter unendlicher Behütung werden denen gleich, die bisher auf dem Felde ungepflegt gewachsen sind. Und dann ist Kriegsende auch Ende der Kriegskriminalität. Aber auch nur dieser. Niemals der durch den Krieg vielleicht unterstützten oder gar hervorgerufenen Zügellosigkeit, der Bestialität Sie ist auch soziologisch keine Kriegshandlung mehr; sie ist keine soziale Empfindung. Sie gutzuheißen wäre neues, sicher auch von Hofacker nicht gebilligtes Verbrechen der G e m e i n s c h a f t. Die Unterscheidungen zwischen „Trieb“ und „Eifer“ werden gegenüber dem Urteil des Rechtes häufig noch feiner, tiefer sein. Aber man wird sich ihnen lieber unterziehen, als jenen der objektiven Wertung; denn sie sind als „gerechter“ zu empfinden und man wird sie dem Richter mit ruhigem Gewissen in die Hände legen dürfen. Das aber ist auch der einzige — wahrhaft psychische — „Kriegsnotstand“.

Nichtkriegerische Verteidigungshandlungen gegen Angriffe auf die Staatsintegrität von außen — wie Bandeneinfälle — unterliegen den allgemeinen Bestimmungen. Sind sie rechtswidrige Angriffe — was nach Völkerrecht festzustellen ist —, so stehen den Rechtsgenossen Gegenmaßnahmen sowohl auf Grund formeller Legitimation zu wie die Staatsnotwehr. Gehen die Angriffe von dem fremden Staat als Urheber — nicht nur als Ausgangspunkt — aus, so gibt es auch ein besonderes Friedensrepressalienrecht, das zunächst angewandt werden muß. Die Friedensrepressalie ist systematisch von der kriegerischen überhaupt nicht unterschieden, ist also insbesondere k e i n e Notwehr! (A. A. Strisower 7).

Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht (Haftungseinheit) schafft aber noch eine zweite Frage, das ist die Beurteilung der Handlungsweise des Organs, das dem völkerrechtlichen Gebote entsprechend gehandelt hat, aber dann nicht dem Willen seines Staates gemäß. Aus der Negativität der Rechtswertung in Verbindung mit ihrer Einheitlichkeit ergibt sich, daß ein staatlich erlaubtes Verhalten nach Völkerrecht und damit rechtlich überhaupt sehr wohl verboten sein kann. Umgekehrt aber kann eine durch das Völkerrecht ausgesprochene Mißbilligung n i e durch das Staatsrecht aufgehoben werden. Der Staat kann höchstens die sonst in seinen Grenzen für ein rechtswidriges Verhalten festgesetzten Rechtsfolgen (Strafe) in solchen Fällen ausschließen.

Ja, es ist sogar darüber hinaus zu sagen, daß der Staat auch nicht die Anerkennung einer völkerrechtlichen Norm überhaupt verweigern kann, daß er sich an die völkerrechtlichen Normen für nicht gebunden ansieht. Solche Zuwiderhandlungen können immer nur die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung betreffen, nie die Rechtswertung. (Aber nur die Staaten, nicht Indianerstämme!) Hierbei lösen sich angebliche Schwierigkeiten über die Geltung des Völkerrechtes dadurch, daß der Umfang der völkerrechtlichen Normgebung richtig begrenzt wird. Ein Staat, der sich ausdrücklich dem Völkerrecht widersetzt, erkennt seine Geltung im allgemeinen damit an und er ist nicht anders als der bewußte Rechtsbrecher, der die rechtliche Durchsetzung inhibiert, aber dem rechtlichen Unwerturteil der Gemeinschaft trotzdem oder gerade deswegen unterliegt. Völkerrecht ist wie das Landesrecht, was in der Rechtsgenossenschaft, hier also in der gesamten Kulturgemeinschaft der Menschen als herrschend gilt. Und nur über die Tatsache der herrschenden Meinung also einen Völkerrechts**bildungs**faktor könnte Streit entstehen; ist etwas erst einmal als allgemeingültig erkannt, so gilt es ebenso für den Widerstrebenden.

Wenn nun das Staatsorgan durch sein völkerrechtsgemäßes Handeln ein landesrechtliches **Ver(Ge)**bot verletzt hat, so ergäbe sich, da jede der beiden Wertungen bei Negativität zur Feststellung der Rechtswidrigkeit genügt, die Folgerung, daß ein bestimmtes Tun — nach Völkerrecht rechtswidrig wäre, das Unterlassen dieses Tuns aber — nach Landesrecht — ebenso rechtswidrig. Hier geht nun für die Rechtswertung das Völkerrecht vor; das entgegenstehende Gebot (nicht die Befugnis!) des Landesrechts begründet **keine** Rechtmäßigkeit. Anders jedoch die Wirkung auf den einzelnen. Von den „zwei" Normen, die diesen treffen, geht die des Staates vor, wenn sie auch „rechtswidrig" ist. Die Nichtbefolgung des staatlichen Gebotes hat für den Staatsangehörigen alle Folgen, die an rechtswidriges Verhalten geknüpft sind, bei Tatbestandlichkeit also Strafbarkeit. Auch das ist unmittelbare Folge aus der Stellung des Staates als Haftungseinheit. Mit dem Befehl an den einzelnen übernimmt der **Staat** eben, d. h. die Gesamtheit der Rechtsgenossen als einheitlicher Körper die Tragung aller Rechtsfolgen aus dem rechtswidrigen Verhalten und der einzelne wird seiner Pflicht, aber auch seines **Rechtes**, die Übereinstimmung seines Handelns mit dem Rechte überhaupt zu prüfen, enthoben. Der einzelne wird dann nur durch seine Zugehörigkeit zu der Staatsgemeinschaft in Bezug auf das auferlegte Handeln getroffen, und nur in dieser Beziehung. Durch den formellen Befehl wird die Verhaftung der Persönlichkeit für ein Verhalten zu einer Verhaftung der Gemeinschaft. Wie die Notwehr die handelnde Person nicht in ihren Teilen trifft, sondern in

ihrer Ganzheit, weil sie vom Standpunkt des Rechtes (das hier auf die Natur gründet) als einheitlicher Willens- und Handelnskomplex erscheint, zeigt sich in der Beziehung zu der Völkergemeinschaft der Staat als eine untrennbare unauflösliche Einheit im Wollen und Handeln.

Dasselbe Ergebnis RGSt 61, 151; 62, 65 ff.

Aus der Feststellung, bei — bewußtem — Widerspruch zwischen Landesrecht und Völkerrecht geht das Landesrecht vor, darf nun aber nicht gefolgert werden: „Der einzelne ist durch völkerrechtliche Norm nur verpflichtet kraft landesrechtlicher Vermittelung.“ (Oetker GS 91, 405.) Dagegen ist dann das Ergebnis Oetkers richtig, daß für den Begriff der „Kriegshandlung“ (und seine Strafbarkeit) das Verhältnis zum Völkerrecht nicht entscheidend sein müsse (Original „ist“).

Wann Handlungen völkerrechtsgemäß, aber landesrechtwidrig sind, darf natürlich nicht lediglich aus den gesetzlichen Tatbeständen des Landes strafrechts geschlossen werden, sondern nur etwa derart, daß z. B. ein Quäkerstaat seinen Mitgliedern trotz der Gestattung durch das Volkerrecht die Tötung von Gegnern im Kriege verbieten könnte.

Die Feststellung, daß das Völkerrecht sich auch an den einzelnen unmittelbar wendet, nicht nur in seiner Eigenschaft als Staatsorgan, darf nun nicht so ausgelegt werden, als ob damit „Verbrechen gegen das Völkerrecht“ entstünden. Die Begehung eines Verbrechens gegen das Völkerrecht ist Verletzung der nationalen, nicht der internationalen Rechtsordnung. (Schoen 25) Aber eine Grundfrage nach dem Verbrechen, die nach der Rechtswidrigkeit, wird nur unter unmittelbarer Anwendung des Völkerrechts gelöst! Die Tatbestandsmäßigkeit jedoch und das „subjektive“ Strafrecht sind rein landesrechtlich orientiert. Rechtswidrigkeit, die nur auf Grund einer Betrachtung des Völkerrechts erkannt werden kann, ist noch lange kein „Verbrechen gegen das Völkerrecht“.

§ 6. Die Staatsnotwehr insbesondere.

Mit den aus dem Völkerrecht gewonnenen Ergebnissen ist der Grund (der rechtspolitische Gedanke) gefunden, deswegen aus dem Begriff des Staates im heutigen etwa seit einem Jahrhundert empfundenen Sinne und der diese Staatsauffassung erst ermöglichenden Verbundenheit des einzelnen mit dem Staate eine Notwehrbefugnis eines jeden Staatsbürgers für seinen Staat anzuerkennen ist: Die Haftungseinheit, das Einstehen des Staates für und durch seine Bürger, und das von Rechtswegen. Weder das Durch ist dabei Neuschöpfung unseres Rechtes noch das Für; aber die gegenseitige Bedingtheit dieser beiden auch in dem Bewußtsein des einzelnen und seine rechtliche, nicht nur tatsächliche Qualität sind die Charakteristika unserer Rechtsepoche. Die völkerrechtliche Betrachtung hat damit auch den Umfang der Staatsnotwehr genau umgrenzt: Durch die Notwehr des Rechtsgenossen ist als dessen **Selbstverteidigung** nur zu schützen die Gefährdung dieses „Haftungsbegriffes“ Staat.

So erklärt schon Wessely 70, Notwehr sei sowohl zum Schutze von Privatals öffentlichen Interessen möglich. Die Folgerung ergebe sich aus der

Kontroverse Recht gegen Unrecht. Die Staatsnotwehr bejahen ferner mit der Fassung, sie sei Schutz der „anderen“ Leipziger Kommentar Anm. 2 d zu § 53, Wolffsohn 31 mit der Folgerung, daß ich auch bei Staatsbeleidigungen Notwehr üben könne. (Vergleiche hiergegen das „patriotische Gefühl“) Lampson 26/27 (Beschränkung auf die Integrität, Jesse 9, Bähr 58, M. E. Mayer Allg. T. 279, Oetker V. D., A. T. 2, 290): „Es gibt auch Nothilfe zugunsten des Staates“ .. trotz der Begründung: „Staatserhaltung ist das Interesse jedes Bürgers“ Alberti 33: „unter dem „anderen“ ist auch der Staat zu verstehen. Bei Verbrechenshinderung handelt es sich nicht um Notwehr, sondern um Nothilfe“, wohl auch von Bar III 195.

Der Staat aber wird charakterisiert allein durch die Staatsgewalt, d. h. die Kompetenzhochzeit, die Gewalt der letzten — auch verfassungsändernden — Legislative. Rechtsprechung und Verwaltung können dabei selbst in letzter Instanz Teilbehörden oder „Unterstaaten“ — Bundesstaat — übertragen sein. Staatsgewalt ist der heutige Formalbegriff für den Gemeinwillen, der Staat für die Rechtsgenossenschaft.

Staatsgebiet und Staatsvolk sind die Äußerungsformen des Staates, der Staatsgewalt. Jede Aktion, die Eingriffe in die Äußerungsformen zum Gegenstand hat, ist deswegen ein Eingriff in den Staat, ein Eingriff, der schon darum als notwehrberechtigend für den Staatsbürger erscheint. Daher wird auch die Verletzung der genannten Staatsäußerungen immer härter empfunden, als die Sachverletzungen selbst etwa bedeutsam sind. So ist die Grenzverletzung durch fremdes Militär an sich bedeutungslos. Ihre Einwirkung auf den Staat liegt vor allem in der darin zum Ausdruck gebrachten Mißachtung der eigenen Staatsgewalt durch den fremden Staat. Andererseits bedeuten selbst größere Gebietsabtretungen auf vertraglichem Wege noch keine Aufgabe oder auch nur Verletzung der Staatsgewalt. Als Grundsatz wird daher anzugeben sein, daß zur Berechtigung einer Staatsnotwehr für den einzelnen ein Angriff gegen die Staatsgewalt als genügend, aber auch als erforderlich zu erachten ist.

Wann Staatsgewaltverletzung vorliegt, ist reine Tatfrage. Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Tatbestände ist hier besonders der Landesverrat und der Verrat militärischer Geheimnisse zu erwähnen und vor allem der von in- oder ausländischen Kräften vorgenommene Hochverrat des § 81 Z. 3 StGB. Entscheidend ist das Ziel der Handlung dahin, die Staatsgewalt zu schwächen oder zu vernichten. Dabei darf nicht übersehen werden, daß dem Staate stets eine Beziehung nach außen zu den anderen Staaten oder Menschengruppen, also dem Völkerrecht, eigen ist. Das „Gewicht“ eines Staates im Rahmen der Staatengemeinschaft muß hier auch unmittelbar als Objekt des die Notwehr hervorrufenden Angriffes erscheinen, um die Notwehrhandlung als Staatsnotwehr zu rechtfertigen. Daraus folgt einmal, daß eine Staatsveränderung, die ohne Einfluß auf die Völkerrechtssubjektivität oder das sog.

Gleichgewicht der Völker geblieben ist wie Grenzregulierungen, keine der Staatsgewalt darstellt. Und zweitens, daß ein Vorhaben, das nur innere Verhältnisse eines Staates berühren will, keinen Angriff auf „den Staat" enthält, mag es auch mittelbar durch Schwächung der im Lande befindlichen Kräfte die Stellung des Staates nach außen erschweren. Die Tendenz der durch die Notwehr abzuwehrenden Handlung muß äußere Einflußnahme auf den Staat und damit Verminderung der Staatsgewalt sein. Das ergibt sich aus dem Staatsbegriff, der eben nur aus dem Verhältnis zu den anderen Staaten gewonnen werden konnte.

Nicht zur Staatsgewalt gehört daher die Staatsform, die Staatsverfassung. Staatsform, Staatsverfassung sind Wirkungen, Funktionsergebnisse der Staatsgewalt, aber nicht diese selbst. Denn die Staatsgewalt als die Macht zur Kompetenzverteilung kann in ihrem Bestande logisch unmöglich von der Tatsache abhängig sein, wie sie die Kompetenzverteilung einmal vorgenommen hat. Das Wie der Kompetensverteilung, die Grundlage der Gewaltenteilung und die Regelung staatsorganischen Handelns aber ist die Staatsform.

Die Unabhängigkeit der Staatsform von dem Staatsbegriff erkennt auch Holtzendorff aus völkerrechtlicher Betrachtung des Staates an (20): „Die jeweilige Regierung ist in internationaler Hinsicht nicht identisch mit der Rechtspersönlichkeit des Staates". Im übrigen ist es Sache des Staatsrechtes, zu beantworten, wann die Rechtspersönlichkeit des Staates aufgehoben wird. Da auch hier die Meinungen erheblich auseinandergehen, (vergleiche über die deutsche Revolution von 1918 einerseits Anschütz, andererseits Giese) sei der Hinweis gestattet, daß wohl die gesamte Rechtsordnung durch die Revolution außer Kraft gesetzt sein muß. So wird Deutschland auch nach der Revolution 1918 als derselbe Staat anzusehen sein, während die Staatspersönlichkeit Rußlands, wenigstens durch die zweite, bolschewistische Revolution aufgehoben worden ist.

Soweit also die Verfassung die Staatsform zum Gegenstande hat, ist sie des Notwehrschutzes nicht fähig. Die Form ist unerheblich für den Staatsbegriff. Das zeigt sich auch evident in der subjektiven Einstellung des einzelnen Rechtsgenossen zu dem Staate. Der einzelne wird regelmäßig auch unter einer von ihm nicht gebilligten Staatsform dem Staate seine Kräfte zur Verfügung stellen, wogegen er den anderen Staat seiner Staatsform möglicherweise an einen anderen „verrät". Wem aber der Staatsformgedanke **über** den Staatsgedanken geht, so daß er die Vernichtung seines Staates um der Staatsform willen, auch mit Mitteln von außen, erstrebt, der ist von allen Völkern und Zeiten als „Landesverräter" angesehen und behandelt worden. Zwei Beispiele mögen das kurz beleuchten: Einmal die Zustimmung der Sozialdemokratie zur Mobilmachung am 4. August 1914. Hier stand nach ihrer politischen Einstellung Handeln und Verantwortung der monarchischen Ära, also eines bekämpften Regimes, in Frage. Sie lehnte grundsätzlich den Krieg ab. Als sie seine Notwendigkeit für den

„Staat“, die alle gleichermaßen umfassende Rechtsgenossenschaft anerkennen zu müssen glaubte, stimmte sie den Maßnahmen des monarchischen „kriegerischen“ Deutschland zu und übernahm damit die Mitverantwortung. Und ihre Anhänger folgten dem Rufe des „Staates“ unbedenklich und freiwillig. Ebenso begründete der spätere Reichspräsident Ebert sein Eingreifen in den Munitionsarbeiterstreik 1918 als eine Maßnahme zugunsten des deutschen Staates, obwohl sie eine Stärkung der von ihm abgelehnten Staatsform enthielt.

Ein zweites Beispiel, womöglich noch stärker, da die politischen Gegensätze wesentlich gespannter waren, bildet die kommunistische (oder unabhängige) Revolution im Frühjahr 1920. Hier setzen gleichermaßen die damals noch schwächeren Kräfte der Republik und die ehemals und gesinnungsmäßig monarchischen Formationen zur Gegenwehr ein. Für die Monarchisten, die sich im stärksten und aktiven Gegensatz zur Republik befanden (der Kapputsch war später!), war die Abwehr der bolschewistischen Bestrebungen „eigene“ Frage. „Der Staat“ war für sie in Gefahr, ohne Rücksicht darauf, wer augenblicklich Inhaber der suprema potestas war. Die Erwägung, die Republik als die mißbilligte Staatsform durch Unterstützung oder auch nur Gewährenlassen der bolschewistischen Kräfte zu dem auch von ihnen ersehnten Ende zu führen, trat neben dem Gedanken, es gehe um den Staat, um die Einheit, für die jeder Rechtsgenosse verantwortlich ist, überhaupt nicht auf.

Es mag hier auch erinnert sein an das Wort,das dem französischen Marschall Bazaine entgegengerufen wurde, als er sich wegen der Kapitulation der von ihm verteidigten Festung Metz zu verantworten hatte, und sie damit entschuldigen wollte, daß er nach der Gefangennahme Napoleons nicht mehr gewußt habe, ob Frankreich noch bestehe „Wo ein Franzose sei, dort überall sei Frankreich!“ Diesen Standpunkt vertritt auch das bereits genannte Urteil des OLG Dresden, wenn es sagt (J W 1925, 1025):

„Der Senat . . . rechnet zu diesen ideellen (scil. notwehrfähigen) Gütern auch das — von der Parteistellung und der Stellung zum Staate und zur Staatsform unabhängige — edle und jedes Schutzes würdige Gefühl der Vaterlandsliebe.“

Da durch den § 81 Z. 2 StGB aber mit der Verfassung eben die („materielle“) Staatsverfassung im Sinne der Staatsform gemeint ist, die grundsätzliche Kompetenzverteilung, nicht die Verfassungsurkunde und die darin etwa verankerten Rechte, ist der Hochverrat insoweit keine den einzelnen zur Notwehr berechtigende Rechtsverletzung. A. A. die gesamte Literatur, die freilich noch keine Begründung der ganzen Lehre gesucht hat.

Dies erscheint auch rechtspolitisch als allein angemessene Lösung. Die Stellung des innerstaatlichen politischen „Verbrechers“ ist eine Frage der poli-

tischen Taktik. Wenn man einmal der Meinung ist, daß politische Tatsachen, auch Rechtsbrüche vom Standpunkt des bisherigen Rechtes, Verfassungsrecht neu schaffen oder wenigstens altes außer Kraft setzen, so kann der mit nicht rechtmäßigen Mitteln geführte Kampf um die Verfassung nicht mit dem gewöhnlichen Maße von Recht und Unrecht gemessen werden. Das soll natürlich nichts gegen das Rechtswertungsurteil besagen, das über den Revolutionär vom Standpunkt der bei seinem Eintritt herrschenden Rechtsordnung zu fällen ist, wohl aber über das durch die Notwehrbefugnis gekennzeichnete Verhältnis von Recht und Unrecht für den Staatsbürger, der mehr oder minder zufällig oder aus Bequemlichkeit als Hüter der „Rechtmäßigkeit" auftreten wird.

Es ist schon darauf hingewiesen, daß sich der Staat allerdings mit der Staatsform identifizieren kann. Eine solche unlösliche Verbindung von Staat und Staatsform findet sich besonders nach Revolutionen, die mit Gewalt ein irgendwie unbeliebtes oder überlebtes Regime beseitigt haben und sich gegen seine Wiedereinführung durch besondere Maßnahmen schützen zu müssen glauben. So sieht das beschworene Urgesetz der römischen Republik als „recht" vor, daß erschlagen werden könne, wer nach dem Königtum trachte. (Livius II, 1 § 9: „iureiurando adegit nemini Romae passuros regnare) (Pernice 80). Ebenso setzt Staat und Staatsform gleich das neue Strafrecht der Sowjetunion (Art 13 I):

„Die Maßnahmen der Sozialverteidigung (wie das Strafrecht heißt) finden auf Personen überhaupt keine Anwendung, die eine gemeingefährliche Handlung begangen haben, wenn das Gericht anerkennt, daß die Handlung im Zustand der unbedingt notwendigen Verteidigung gegen die Angriffe auf die Sowjetherrschaft und die Revolutionsordnung erfolgt ist".

Für eine derartige Polizeistellung des einzelnen zugunsten der Verfassung ist aber unbedingt eine ausdrückliche diesbezügliche gesetzliche Bestimmung zu verlangen, die unserem Rechte fremd ist. Bei uns ist der einzelne Staatsbürger nicht Bürger der Staatsform, wie auch die Haftung die ganze Rechtsgemeinschaft trifft, nicht das Regime.

Ohne die **tatsächlichen** Streitigkeiten auch nur andeutungsweise zu berühren, wird sich daher für die politischen Prozesse der vergangenen Zeit als Lösung ergeben: Die Verteidigung der „Fememörder" (RGSt 63, 218 ff) ist erheblich. Ihr Handeln ist, wenn die Voraussetzungen der Staatsnotwehr vorliegen, gerechtfertigt. Ihr dahingehender Irrtum beachtlich. Die Verteidigung der Kapputschunternehmer (RGSt 56, 259 ff.) ging fehl. Selbst die Richtigkeit ihrer tatsächlichen Angaben vorausgesetzt, ermangelte ihnen die materielle Berechtigung, in diesem Falle für den Staat einzugreifen. Zur Erhaltung der Staatsverfassung nach ihnen hat die Regierung — nicht der Staat — Organe und etwa die Hilfe der Verfassungs„treuen", soweit sie legal geleistet werden kann. Reichen diese Mittel gegen die politischen Gegner des Inneren nicht aus, so ist die Staatsform reif, abgelöst zu werden.

Mit der Staatsverfassung scheidet noch viel mehr die Staatsverwaltung aus, das Polizeiunrecht und das Funktionieren der

Organe. Freilich wird hierbei häufig genug in dem rechtswidrigen Handeln zugleich eine private Beeinträchtigung enthalten sein. Das gilt insbesondere von den gemeingefährlichen Delikten und den Übertretungen der §§ 360 ff. StGB.

Aus dem Gesagten ergibt sich nunmehr auch ohne weiteres, daß die „Allgemeinheit (im engeren Sinne)" für die Notwehr ganz auszuscheiden hat. Bei der Betrachtung der öffentlichen „notwehrfähigen" Güter ist nur eine scharfe Zäsur zu machen dahin, ob die gesamte konkrete Rechtspersönlichkeit des Staates in Frage steht, oder sonst ein wenn auch den Staat gewissermaßen nur mittelbar treffendes rechtswidriges Verhalten gegen die Allgemeinheit. Der Mensch ist noch lange nicht in vollem Umfange Kollektivwesen. „Verletzungen" der Allgemeinheit insbesondere des „Verkehrs" „Treu und Glaubens" werden keineswegs als eigene empfunden; sie treffen den einzelnen immer nur in einem anderen persönlichen Gut. Demgegenüber wird der Staat — vielleicht auch häufig nur aus ganz rationalen Erwägungen — stets als eine besondere mit dem einzelnen unmittelbar verbundene Institution angesehen. Auch der heute restlos durchgeführte Einbruch der Medizin in die Moral läßt nicht mehr den Schluß zu, daß diese Fragen für den einzelnen ebensolche Selbstverständlichkeiten und damit eigene Interessen geworden sind wie der Staat. Dazu kommt, daß gerade die sittlichen Anschauungen mit wechselnden Majoritäten heute stärker umkämpft werden denn je, während der Staatsgedanke nur unwesentliche Teile des Volkes als Gegner gefunden hat.

Insbesondere muß auch die „öffentliche Ordnung" das „öffentliche oder staatliche Wohl" oder ähnliche Umschreibungen als Rechts- insbesondere Notwehrbegriffe abgelehnt werden. Die „öffentliche Ordnung" ist begrifflich auch in dem ihr von Kurzweg (Goltd. A. 70, 72) beigelegten Sinne nichts weiter als das Funktionieren der Staatsorgane. Eine solche Zusammenfassung ist von vornherein unglücklich. Sie umfaßt gleichermaßen Fälle persönlicher Nothilfe, wie die zulässiger Staatsnotwehr wie die auch unzulässiger Selbsthilfe. Grundsätzlich ist daher gegen Kurzweg schon zu bemerken, daß er bei seiner Theorie der klaren Umgrenzung ermangelt. Seine Begründung ist im wesentlichen mit der hier für die Berechtigkeit der Staatsnotwehr gegebenen gleichlautend: Die gesellschaftlich-wirtschaftliche Lage der Einzelperson sei in ihrem Bestande abhängig vom Bestehen der Staats„ordnung". Der Schluß daraus, wenn es der Rechtsperson freistünde, ihr Eigentum zu verteidigen, so müßte es ihr auch freistehen, das Eigentum als Institution, als Grundlage der staatlichen Ordnung, als „gesellschaftliche Kategorie" zu verteidigen, ist nicht zwingend. Was ist Verteidigung der Kategorie? Da Kurzwegs Konstruktion doch zweifellos über die Staatsnotwehr hinausreichen soll, kann man darunter nur die

Möglichkeit verstehen, daß ohne Angriff auf den Staat etwa durch Lahmlegung dessen Organe die rechtliche Güterordnung tatsächlich außer Kraft gesetzt wird. Das ist aber eine Tatsache, die nur immer die konkrete Verkörperung der Kategorie betrifft und dann zur individuellen Notwehr berechtigt, nie aber diese selbst. Der Gedanke, der hier Kurzweg bewegt, ist offenbar die Gefahr eines anarchischen Angriffes. Dabei ist aber scharf auseinanderzuhalten. Die öffentliche Ordnung ist nur Funktionieren des Rechtes und endet daher mit der jeweiligen Rechtsordnung, um dann als solche der neuen Ordnung aufzutreten. Sie kann daher in ihrer „Not" nicht gleichgesetzt werden mit der Not der Rechtsordnung; denn eine Not der Rechtsfunktionierung setzt ja gerade einen ungehemmten Stand der „gesellschaftlichen Kategorie" voraus.

Der Ansturm der Arnachisten oder Sydikalisten dagegen ist kein Kampf mehr um die Staatsverfassung, sondern ein Kampf um und gegen den Staat. Monarchisten wie Republikaner, Sozialisten wie Kapitalisten verlangen Veränderungen der Kompetenzen, politisch oder wirtschaftlich. Ihre Grundlage bleibt aber selbst bei internationalen Gedankengängen der Staat. Der Anarchismus aber will sich anstelle des Staates setzen, nicht nur eine Macht im Staate erlangen. Gegen ihn hat der einzelne daher die Notwehr zugunsten seines Staates. Er bedarf aber weder der Verfassungsnotwehr noch der „öffentlichen Ordnung". Kurzwegs Ausführungen enthalten übrigens Gedanken, wie sie bereits bei dem Kriege zum Ausdruck gebracht sind:

> „Daß nämlich der politische Kampf um die Macht nicht mit den Maßstäben des bürgerlichen Lebens gemessen werden soll"

ebenfalls in der Staatspolitik.

> „Daß die Kriminalität nach dem Bürgerkriege nur für die Handlungen einsetzen soll, die nicht politische Kriegshandlungen gewesen sind, und daß der Machthaber immer daran denken soll, daß er vielleicht ebensogut der Unterlegene hätte sein können und in vielleicht in nicht allzuferner Zeit sein wird".

Das ist zwar keine Frage des Rechtes mehr. Aber sie beweist die hier vertretene Staatsauffassung für die Notwehr.

Ein Fall bedarf noch gesonderter Betrachtung, der an der Grenze des Staatsangriffes und der Beeinträchtigung der Allgemeinheit steht: Die Münzfälschung unter Einschluß der Banknotenfälschung, soweit sie der staatlichen Umlaufsregulierung unterliegen (bei Privatnoten dürfte es sich um Individualnotwehr handeln).

Über das durch die Münzfälschung verletzte „Rechtsgut", das Schutzobjekt der Münzfälschung ist viel geschrieben worden. Ohne daß darauf im einzelnen eingegangen werden kann (gut zusammenfassend hierüber die Arbeit Gerlands) mag doch angedeutet werden, daß sicher nicht das staatliche „Münzregal" als das „Gut" angesehen und daraus auf eine Notwehr zu dessen Gunsten geschlossen werden kann. Die Verletzung des Münzregals müßte nämlich

als für die Notwehr unerhebliche Staatsverwaltungsverletzung angesehen werden. „Treu und Glauben im Verkehr“ ein ebenso unbestimmtes wie außerrechtliches Gut scheidet als solches die Allgemeinheit aus. Die Betrachtung des Geldes darf aber — wie die des Staates — sich nicht in der rechtlichen Konstruktion (des Landesrechts) erschöpfen, sondern muß zugleich eine wirtschaftliche sein. Und hier kann es nach der kapitalistischen Entwickelung keinem Zweifel mehr unterliegen, daß die Geldwirtschaft des Staates als die wichtigste Grundlage des staatlichen Funktionierens überhaupt anzusprechen ist. In der Geldwirtschaft, ohne die unser Wirtschaftsleben, gleich welcher Form, nicht mehr zu denken ist, ist das Geld ein selbständiger Faktor geworden, eine eigen für den von ihm erfaßten Raum meßbare und wirtschaftlich allein maßgebende Größe. Das Geld ist aber Rechtsinstitut, ist Ausfluß einer Funktion der Staatsgewalt. Es er- und behält durch diese seine Geltung. Das Ob und Wie, vor allem der Umfang des Geldverkehrs ist gesetzlich geregelt. Die Kompetenz dafür mag als Geldhoheit bezeichnet werden. Wie der Umfang des Geldverkehrs tatsächlich auf die gesamte Lage des Staates einwirkt, ist durch die Inflation in den Nachkriegsjahren hinreichend dokumentiert. Ganz besonders kennzeichnend für diese neue Staatsäußerung aber scheinen mit die jüngst mehrfach auftretenden Versuche zu sein, die politische Stellung eines Staates *nur* durch Verletzung seiner Geldhoheit (nicht speziell Münzhoheit!), insbesondere der Bestimmung über den Umfang des Geldumlaufes zu untergraben und auf diese Weise eine Art Landesverrat oder Krieg durch Geldfälschungen zu unternehmen. Erinnert sei hier bezüglich des „Krieges“ an den ungarischen Frankenfälscher- oder bezüglich des Landesverrates an den Tscherwonzenfälscherprozeß.

Damit ist die Geldfälschung als Angriff gegen die Staats**gewalt** in ein neues Licht gerückt. Es handelt sich bei ihr *tatsächlich* um eine vorsätzlich herbeigeführte Verletzung des Staates selbst in seiner für das Funktionieren der Staatsgewalt überhaupt außerordentlich erheblichen Geldhoheit, gleich ob politische Motive vorhanden sind oder nicht, ebenso wie der gegen Bezahlung handelnde Landesverräter den Staat angreift. In diesem Sinne kann die Geldhoheit des Staates tatsächlich in Gleichberechtigung mit Staatsvolk und Staatsgebiet als Äußerung der Staatsgewalt bezeichnet werden. Gegen den Münzfälscher ist die Notwehr als solche zugunsten des Staates zulässig.

§ 7. Grenzfälle.

Die Unterscheidungsformel für das Einzel- und das Allgemeininteresse ist bereits im 1. Teil versucht worden. Sie wurde bestimmt nach der Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit der Einflußnahme eines menschlichen Verhaltens auf einen Rechtsgenossen. Der mittelbare Einfluß geschieht durch gedankliche Reflexion des Rechtsgenossen

bezüglich eines gleichgearteten Übels gegen sich selbst. Diese „gedankliche“ Reflexion allein schafft aber noch kein, wenn auch mittelbares Interesse des einzelnen. Sie wird zum Interesse erst durch eine kritisch nicht erfaßbare innere Beziehung zu einem Geschehen, durch das sog. „Gefühl“. Das Gefühl selbst erscheint rein individual bezogen als Ehrgefühl, Sittlichkeitsgefühl oder auch Rechtsgefühl, es ist dann gleichermaßen Durchgangspunkt für unmittelbare und mittelbare Interessen des einzelnen. Daher ist hier eine reinliche Scheidung besonders vonnöten. Gewisse Gefühle beziehen sich auf individuelle Güter, andere auf kollektive. Sie bleiben aber immer Gefühle des einzelnen!

Drei sog. „Güter“ bedürfen hier einer Erwähnung: Das religiöse, das sittliche und das patriotische Gefühl. Daß es falsch wäre, hier eine Zäsur zu machen, und das patriotische Gefühl deswegen auszuschalten, weil es im Gegensatz zu den beiden anderen im Strafgesetzbuche keine Aufnahme gefunden habe, ist bereits dargelegt worden. Die Interessen vertragen Differenzierungen nur ihrem Inhalt, aber keiner formellen Unterscheidung nach.

I. Die Religion ist heute in einer so starken Art „Privatsache“ geworden, daß ihre Einbeziehung in allgemeine Güter nach dem positiven Recht und der herrschenden Rechtsauffassung kaum mehr richtig scheinen dürfte. Ein allgemeines Interesse in dem Sinne einer der herrschenden Schicht der Rechtsgemeinschaft gemeinsamen Anschauung wird nicht einmal bezüglich der „göttlichen Verehrung“ d. h. der der christlichen und jüdischen Religion gemeinsamen Auffassung anzunehmen sein. Das ist durch Art. 137 II der Reichsverfassung, der eine Staatskirche ablehnt, Abs. V 2, der „anderen Religionsgesellschaften“ öffentlich-rechtlichen Körperschaftcharakter grundsätzlich einräumt, und die allgemeine Vorschrift des Art. 135 in weitem Umfange als Rechtsgrundsatz festgelegt. Das „Gottesgefühl“ (erster Fall des § 166) erscheint daher lediglich als ein „Rechtsgut“ des einzelnen, ein in dem Empfindungsleben des religiösen so stark verankertes Interesse, daß es nur als ein Bestandteil der Rechtssphäre des einzelnen erscheint und als solcher durch die Individualnotwehr geschützt ist — soweit Gefühle eines Notwehrschutzes überhaupt fähig sind.

Das muß in weit höherem Maße noch von den Einrichtungen der einzelnen Kultverbände gelten, die durch § 166 — 2. Fall — geschützt sind und der Leichenentziehung des § 168, die nicht grundsätzlich (§ 367 Z. 1!), sondern nur unter Verletzung des konkreten Privatgefühls verboten wird. (Ähnlich Freymond 31).

II. Bei den anderen „Gütern“ ist hingegen gemeinsam nach zwei Richtungen zu unterscheiden. Sie sind nämlich sowohl objektiviert als allgemeine und auch konkret als individuelle Empfindungen möglich. Beim Sittlichkeitsgefühl wird dieser Gegensatz

am besten durch die Betrachtung der §§ 173 und 183 StGB beleuchtet. Im zweiten Falle liegt eine unmittelbare „Verletzung" der Einzelsphäre vor, eine auf Grund unmittelbarer Sinneswahrnehmung entstehende Beeinflussung der Gefühlssphäre. Der erste Fall dagegen wirkt nur mittelbar, durch Reflexion, das heißt rein geistiges Inbeziehung- und Wertsetzen des abstrakt möglichen Sachverhaltes zu den eigenen Anschauungen und Bewertungen. Für das Thema kann hier nur der erste Fall in Betracht kommen. Seine Besonderheit, nicht nur gegenüber der konkreten Verletzung, sondern auch und insbesondere gegenüber den Staatsdelikten, ist schon von Feuerbach erkannt worden. Wenn sein Weg, die Einbeziehung dieser Fälle in das Polizeiunrecht, auch unglücklich gewählt sein mag, so ist die Grundlage seiner Auffassung doch in die gesamte Literatur der folgenden Zeit übernommen worden und kehrt insbesondere wieder in Bindings Theorie einer Unterscheidung von „Verletzungs-" (bezw. Gefährdungs-) und „reinen Ungehorsamsdelikten". Bindings Theorie ist solange richtig, als sie sich bewußt bleibt, den Ausgangspunkt allein vom Individuum zu nehmen und die Fälle rechtswidrigen Verhaltens von seinem Standpunkt und nicht von dem des Rechtes aus zu berücksichtigen. Nicht folgerichtig, aber von Verständnis für die vorweg geschilderte Eigenart des Staatsbegriffes für den heutigen Menschen zeugend ist dabei die Einbeziehung der Staatsdelikte in die Verletzungsfälle.

III. Die gleiche Unterscheidung findet sich bei dem „patriotischen" Gefühl. Freilich erscheint dieses als Besonderheit gegenüber dem individualethischen, also vorrechtlich entstammten Sittlichkeitsgefühl, das von jeher, auch etwa religiös, das Leben der Völker beherrscht hat, nur als Produkt der sozialethisch entwickelten Zeit, verbunden und abhängig von dem Staatsbegriff und dem Bewußtwerden der damit verbundenen Haftungsgemeinschaft. Es steht und fällt daher mit dem Staatsbegriff und ist in seiner Bezeichnung auch erst seit einer Epoche bekannt, die ein solches Staatsgefühl kennt. Und zwar ist es die Bezeichnung des inneren Verhältnisses des Rechtsgenossen zu dem konkreten ihm übergeordneten, „seinem" Staate. Und wenn die Berechtigung der Staatsnotwehr anhängig gemacht ist von der generellen Existenz einer solchen Staatsempfindung, so haben wir in dem patriotischen Gefühl die subjektive, die individuelle Seite dieses generellen Staatsgemeinschaftsgedankens, die dann bei regelmäßigem Vorhandensein die Voraussetzung bildet für die objektive Größe. Das patriotische Gefühl ist in dieser Gestalt ebenso Gut des einzelnen, in dem dieser unmittelbar getroffen wird, nicht erst auf Grund einer (nicht notwendig mit geschehenen) Verletzung des Staates.

Das Gegenstück zu dem patriotischen Gefühl bietet das „Rechtsgefühl". Das ist subjektivierte Verletzung eines außerhalb

des einzelnen stehenden Gutes, dem einzelnen nur mittelbar interessant gemacht durch seine Beziehung zu der Rechtsordnung. Jede Rechtsverletzung wirkt auch, z. T. nur mittels dieses Rechtsgefühls auf den einzelnen. Das Recht erscheint insoweit als Ordnung, die dem einzelnen das Gefühl erst vermittelt. Auf Grund der Rechts tatsache selbst ist der einzelne nicht berührt.

Auch das unmittelbare sittliche und das patriotische Gefühl sind notwehrfähig, aber nicht als Güter der Allgemeinheit, sondern als Empfindungen des einzelnen. (So auch Neumond, Lampson 53 für das sittliche Gefühl; letzterer unter — zu weit gehenden — Einschränkungen für die Gefühlsnotwehr überhaupt, aber jedenfalls für die Nothilfe). Die für die Arbeit wesentliche Besonderheit des patriotischen Gefühls beruht nun allein darauf, daß es — ebenso wie theoretisch, aber nicht historisch das religiöse — eine Entwickelung, eine Verfeinerung der Empfindungswelt des einzelnen vorausgesetzt und zwar in der Richtung nach dem Gemeinschafts-, Rechtsgenossenschafts-, Allgemeinheitsgefühl, wenigstens in der Form des Staatsgefühls. Aus dieser historistischen Entwickelung und der engen Verbindung mit dem Staatsgedanken erklärt sich auch der Mangel einer besonderen Erwähnung im Strafgesetzbuch.

Daher ist auch der Entscheidung des OLG Dresden anläßlich des Hinkemannskandals restlos beigepflichtet worden insofern, als dieser Schutz des patriotischen Gefühls durch Notwehr erst zu einer Zeit anerkannt werden konnte, die ein so ausgeprägtes Staatsbewußtsein besitzt, wie die unsere. Eine Rechtsepoche, die den Staat als Kulminationspunkt nicht nur des Rechtes, sondern auch der Ideenbeziehungen des einzelnen Rechtsgenossen nicht kennt, wird auch einer Art Vaterlandsgefühl des einzelnen als Exaltation entgegentreten und ihn nur als Überzeugungsverbrecher behandeln. Denn zur „Anerkennung" eines Rechtsgutes, sei es auch eines individuellen, zur Notwehr, also der unbedingten Schutzbefugnis, bedarf es mehr als der individuellen, bedarf es einer generellen Anerkennung. Diese generelle Anerkennung aber äußerte sich nicht in der Notwehrbefugnis selbst, sondern in der dieser vorgehenden Vorwertung, der ursprünglichen Lösung des Rechtsfalles. Und diese Rechtsfallkollision braucht und kann natürlich nicht notwendig zugunsten des patriotischen Gefühls ausfallen, kann sie doch auch mit einem unzweifelhaft und stets höheren Gute konfligieren. In dem angeführten Falle stehen nun in Konflikt das patriotische Gefühl mit der „Berechtigung", seinen Gefühlen und Anschauungen mittels künstlerischer Gestaltung Ausdruck zu geben und sie anderen Gleichgesinnten oder sonst Interessierten zugänglich zu machen. Und wenn heut das OLG Dresden in diesem Konflikt dem patriotischen Gefühl in aller Eindeutigkeit den Vorzug gegeben hat, so beweist das nur den Wert, der diesem patriotischen Gefühl nach der heutigen

Anschauung beizumessen ist. Und auch hier ist dieser Wert und seine außerordentliche Relativität im Laufe der Rechtsgeschichte immer wieder hervorgehoben worden.

Anhangsweise sei für die Entscheidung des Theaterskandals noch kurz bemerkt, daß die Entscheidung des OLG mit Recht den Ausweg zurückweist, daß die Ruhestörer unter Verwahrung gegen die Angriffe das Theater hätten verlassen sollen und nicht hätten stören dürfen. Diese Lösung ergibt sich ohne weiteres aus der heute herrschenden und historisch allein berechtigten Auffassung, daß die Notwehr nicht subsidiär anzuwenden sei.

Dabei müssen aber Grenzen gezogen werden. Sonst erleben wir nur noch Theaterskandale als Schutz für irgend welche verletzten Gefühle. Es ist unbedingt zu fordern, daß zunächst die Theater k r i t i k nicht eine Störung der Aufführung bedeuten darf, sondern auch in negativer Form nur bei Aktschlüssen oder besonders hervorgehobenen Stellen und hier nur zur Erkennbarkeit des Mißfallens einsetzen darf. Aber auch „A n g r i f f e“ auf Gefühle werden praktisch regelmäßig zu einer Verhinderung aus Notwehr n i c h t berechtigen. Dies muß besonders für Vorführungen gelten, die aus der Art der Ankündigung eine gewisse Tendenz erkennen lassen. Ein Verbot für Kinder, unzweideutige Bilder in Zeitungen oder Gängen, eben solche Titel werden mangels eines „Angriffes“ eine Notwehrberechtigung zur Erhaltung der Sittlichkeit ausschließen. Wer in ein solches Stück hineingeht, und dann in sittlicher Entrüstung zu seiner oder gar seiner ebenso gewarnten Mitmenschen Schutz eingreifen will, übt keine Notwehr mehr. Er mag sich mit seiner guten Überzeugung entschuldigen, ist aber nicht gerechtfertigt. Wer gar trotz Kenntnis der zu erwartenden Vorgänge das Theater besucht, um Notwehr zu üben, wird nicht anders als der Notwehrprovozierende zu behandeln sein. Bedenklich freilich, weil rechtlich schwer zu umschreiben, ist die neueste hierüber ergangene Entscheidung des Reichsgerichts (J W 1930, 1211), nach der schon das Betreten des (Versammlung)saales in solcher Absicht ein widerrechtliches zur Notwehr berechtigendes Eindringen bedeuten soll. Wie aber beurteilt sich die Sachlage für einen, der in der Absicht zu stören, in den Saal gegangen ist, aber im Laufe der Vorstellung hingerissen von den Darbietungen jetzt selbst gegen etwaige Störer auftritt. Dies umso mehr, als wenigstens die politischen Versammlungen gerade die Überzeugung von Gegnern bezwecken.

Aber auch hier ist der Unterschied von „Staat“ und „Allgemeinheit“ zu beachten und die Verbindung des „patriotischen Gefühls“ mit dem heutigen Gemeinschafts- als Staatsgedanken. Und zwar wird als Norm aufzustellen sein, daß Theateraufführungen, die nicht nur, eine — wenn auch negative — Stellungnahme zum Staatsgedanken enthalten, sondern dessen Beschimpfung und damit eine Beleidigung des patriotischen Gefühls, verhindert werden dürfen. Aber nicht im Rahmen der Notwehr, sondern nur durch „theatermäßige Mittel“, nämlich rechtmäßige Störung der Aufführung. Das bedeutet freilich ein Hinübergreifen über die Notwehr in das Problem des sogleich zu erwähnenden „Notstandes“ und es stellt hier den letzten Grenzfall zwischen individuellen und allgemeinen Interessen dar.

Das allgemeine sittliche sog. Sittlichkeitsgefühl und das Rechtsgefühl unterliegen irgend einer Notwehrbefugnis begrifflich nicht. Denn im Falle eines Angriffes auf sie erscheint stets als einziges unmittelbares Objekt ein „Gut“ der „Allgemeinheit“, zu dessen Gunsten dem einzelnen kein Notwehrrecht zuzubilligen ist. Dieser kann also etwa zur Verhinderung der Blutschande nicht die „Täter“ im Rahmen der Notwehr je nach der Intensität des Angriffes verletzen. Das Gleiche gilt vom Ehebruch, der Homosexualität oder Sodomie, Kuppelei. Sofern der Ehebruch auch als Verletzung

des Ehegatten aufzufassen wäre, käme hier eine Nothilfe in Frage. Das aber ist nicht mehr Handeln für die Allgemeinheit. (A. A. z. T. Neumond G S 56, 47 ff, ebenso Lampson 49 f). An weiteren Einzelheiten ist noch zu erwähnen, daß nach der Fassung des § 360 Z. 13 StGB die Tierquälerei Verletzung des menschlichen Gefühls und nicht der Allgemeinheit ist. Man wird diesen bedauerlichen Standpunkt des StGB auch als den des Rechtes überhaupt ansehen mussen. Damit ergibt sich jedoch ohne weiteres die Notwehrberechtigung eines jeden „Geärgerten". Dagegen greift das Handeln im Interesse der Allgemeinheit hier im umgekehrten Sinne ein, nämlich in der Form der tierlichen Vivisektion. Gerade dabei vollziehen sich jedoch Änderungen in der Gesamtauffassung des Volkes; noch ist allerdings die „wissenschaftliche Tierfolter" trotz möglicher Ärgerniserregung mit Rücksicht auf das als überwiegend anerkannte öffentliche Interesse an der Erlangung medizinischer Proben am organischen Objekt als berechtigt anzusehen.

Kein Sonderfall des öffentlichen Handelns, sondern nur ein solcher der Nothilfe, und zwar einer Art notwendigen Nothilfe, insoweit als Notwehr hier nicht in Frage kommen kann, liegt ferner in den Fällen der §§ 176 Z. 2 und 3. Hier ist Schutz- und Angriffsobjekt ein Rechtsgenosse mit dem Unterschiede, daß für die Rechtswidrigkeit die Einwilligung des Rechtsgenossen unmöglich oder unerheblich ist. Das Motiv des Gesetzes ist hier, daß der Rechtsgenosse die Bedeutung des Angriffes nicht erkennen kann und deshalb gegen ihn auch wider seinen „Willen" geschützt werden muß. Wer einen nach § 176 Z. 2, 3 Handelnden durch Notwehr an seinem Vorhaben hindert, handelt rechtmäßig, aber nicht im Interesse der Allgemeinheit, sondern in dem des Rechtsgenossen. (Vergl. dagegen den Selbstmord § 11).

Individualnotwehr, nicht Allgemeinnotwehr ist endlich der Schutz „politischer Rechte" durch den einzelnen. (So schon Berner Archiv 562).

Damit ist der Umfang der allgemeinen Notwehr abgegrenzt. Das heißt ein im Verhältnis zu der Verletzung maßloses Eingreifen. Aber damit ist noch nichts gesagt über die Kollision selbst, über die Wahl eines Interesses in der ursprünglichen Kollision. Die Ablehnung der Notwehr in einem Falle ist also eine bloß negative Feststellung. Sie besagt, daß eine Verbrechenshinderung bis zur Grenze der Notwehr jedenfalls verboten sei. Sie besagt aber nicht, daß jeder einzelne zusehen müßte, wie Verbrechen geschehen. Sie erschöpft das Problem der Verbrechenshinderung keineswegs, sondern weist nur an die jetzt zu übertretende Grenze, die ursprüngliche Lösung des Rechtsfalls, die zu prüfen ist im Hinblick auf den sozialen Gegensatz des einzelnen zu der Allgemeinheit, aber ebenso auf die trotz des Rechtes unvermeidliche Kollision der Allgemeinheit mit „sich selbst".

II. Abschnitt. Der Rechtsfall des überwiegenden allgemeinen Interesses.

§ 8. Die Nötigung im Dienste der Verbrechenshinderung.

Die Besonderheit des im Rahmen des Themas auftretenden Rechtsfalles, der Interessenkollision, liegt lediglich darin, daß ein „allgemeines Interesse" beteiligt ist und als das überwiegende auftritt. Die Wahrnehmung dieses Interesses durch den einzelnen ist dann ein berechtigtes Handeln im Interesse der Allgemeinheit.

Aus dem Vorangegangenen ergibt sich der Umfang eines derart berechtigten Handelns von selbst. Er wird umschrieben durch Feststellung der — konkreten — Werte, die den einzelnen kollidierendenden Interessen beizulegen sind und Anwendung des heutigen Proportionalitätsprinzipes auf das Wertverhältnis. Nichts mehr als das! Dabei wird noch einmal kurz darauf verwiesen, daß eigentlich immer nur das bestimmte Handeln eines Rechtsgenossen in Frage steht und bei diesem immer auch die Monopolität der formellen Legitimation als Imponderabile in die Wagschale zu werfen ist. Trotz dieser systematischen Erkenntnis wird auch hier, wie bisher allgemein üblich, nur das Wertverhältnis berücksichtigt und die formelle Legitimation nur bei änderndem Einfluß erwähnt werden.

Einzellösungen finden sich überall in der Literatur. Sie mögen vorweggenommen und in ihrer Bedeutung als Teilergebnisse gekennzeichnet werden. Denn eine Sonderstellung nach der Art und Weise der Lösung, für das Wie der Rechtswertung gibt es für das Handeln im Interesse der Allgemeinheit nicht.

Eine Grenze wird bei allen diesen Fragen zu ziehen sein, ähnlich dem Angriff bei der Notwehr. Nur ein „Handeln" soll in seiner Eingriffsberechtigung betrachtet werden. Ein Unterlassen kommt schon deswegen nicht in Frage, weil hier zunächst und immer sicherer die gesetzlichen Zwangsmittel eintreten, es eben ein „höchstpersönliches" ist. Dahin gehört auch die „Pflichtenkollision", die eine „Rechtfertigung" wegen „Erfüllung der höheren Pflicht" nur im Hinblick auf die „unterlassene" bietet. Ebenso muß man Handlungen ausscheiden, die begrifflich eine „Abwehr" nicht zulassen, wie etwa den Meineid.

Richtiges und Falsches mengt eine Theorie, die auf dem Umweg über den § 240 StGB eine über den Rahmen der positivrechtlichen Kollisionsbestimmungen hinausgehende Lösung von Fällen eines Handelns im Interesse der Allgemeinheit annimmt und die hier auftretenden Unzulänglichkeiten vermeiden will. Sie hat in ihrem ersten zugleich den schärfsten Vertreter gefunden.

John Z. 1, 227 ff. sagt hier: „§ 240 StGB schützt die Willensfreiheit, aber nur, soweit dieses Handeln die von dem Gesetz zu schützende Rechtsordnung nicht selbst verletzt: ist die Willensfreiheit auf Verletzung der Rechtsordnung gerichtet und tritt dies im Handeln . . . zutage, so kann eine solche Willensfreiheit niemals Objekt des Rechtsschutzes sein".

Weitere Anhänger mit ähnlicher Formulierung: Bruck 57 ff unter Ausdehnung auf die unsittlichen Handlungen, jedoch in unklarer Abgrenzung, indem er in erster Linie („auch") dem Täter notwendig das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen läßt. Unter Beschränkung auf die strafbaren Handlungen

Vollag mit der einzigen Begründung, es sei „klar, daß nur die Verhinderung einer strafbaren Handlung in Frage käme."

Bekämpft ist die Meinung besonders von Buri 21, wegen der Folgen, jedoch erkennt Buri eine „vernünftige Regel des Lebens" an.

Das Für und Wider zu dieser Theorie steht häufig, aber nicht notwendig im Zusammenhang mit der Frage, ob im § 240 StGB der widerrechtliche Zweck oder das widerrechtliche Mittel getroffen werden solle. Aus der Anlage dieser Arbeit kann eine solche Teilung des Rechtswidrigkeitsrequisits nicht gebilligt werden. Entweder ist das ganze Verhalten rechtswidrig oder nicht. Entweder es besteht ein Recht zu einem solchen Verhalten oder nicht. Das Verhalten umfaßt dann aber gleichermaßen „Mittel" und „Erfolg". Diese Einheit bedeutet dann Einflußnahme auf die Willensbestimmung eines anderen und diese Einflußnahme tritt dann in Kollision zu anderen irgend wie bearteten Tun, um je nachdem das positive oder negative Urteil zu erhalten.

Die unbedingte Widerrechtlichkeit der Nötigung aus der „Widerrechtlichkeit" des Mittels folgert Berner Lehrbuch 548; ähnlich Geyer Grundriß 24, Liszt - Schmidt 527, Meyer - Allfeld 385 f, Oetker V. D. 298, Oppenhoff - Delius 240 Anm. 3, Schwartz Anm. 3 zu § 240, Wachenfeld 341. Daraus, daß das „Recht" zu dem „erzwungenen" Verhalten entscheidend sei, schließt Birkmeyer die grundsätzliche Berechtigung zum Zwange, eine diesem Recht gemäße Handlung zu begehen (1168); ebenso Schütze Lehrbuch 410.

In diese Gruppe ist auch Thon (16) einzurechnen, der die Verhinderung „einer Normwidrigkeit" als rechtmäßig ansieht, wenn die Verhinderung „lediglich in der die Abhaltung des Angreifers von der Begehung der Normwidrigkeit ohne weiter Verletzung seiner Person oder seiner sonstigen rechtlichen geschützten Güter" besteht.

Die praktische Folge dieser Anschauung ist, daß die Abwehr irgend einer rechtswidrigen Handlung, soweit sie nur auf die „Freiheit" des widerrechtlich Handelnden einwirkt, als rechtsmäßig anzusehen ist. Richtig ist dann auch die Folgerung Johns, daß eine Notwehr, die nur durch Eingriff in die „Willensfreiheit" des Angreifenden ausgeübt wird, auch ohne die Notwehrvorschrift rechtmäßig wäre.

Der Grundgedanke dieser Theorie als Sonderkollision eines Rechtsfalles ist der: In dem Konflikte des Interesses, das der einzelne Rechtsgenosse an der Durchführung des Rechtes, sei es auch nur an der der geringsten rechtlichen Bestimmung hat, mit dem Interesse eines anderen Rechtsgenossen an dem Geschehen eines normwidrigen Verhaltens überwiege in jedem Falle das noch so geringe Interesse des rechtlichen Genossen.

Dieser Grundsatz ist zweifellos richtig. Er folgt, wie die Notwehrbestimmung aus den Gedanken der Selbstbehauptung des Rechtes gegenüber jedem Unrecht und hat mit der Notwehr eine vorangegangene Wertung gemeinsam. Voraussetzung für diesen aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Gedanken bildet aber ein tatsächlich nur zwischen den beiden genannten Interessen bestehender Konflikt. Insbesondere steht auf der Passivseite nur jener Ausschnitt aus der „Handlungsfähigkeit" des Menschen, der auf die Verwirklichung des in der Vorwertung als rechtswidrig bezeichneten Interesses gerichtet ist.

So läßt auch John die Handlung, welche „abgesehen von der Verletzung der Willensfreiheit an sich strafbar ist" rechtswidrig sein (232).

Es ist dann als berechtigt anzusehen, wenn sich der Spaziergänger dem auf der falschen Straßenseite fahrenden Radfahrer in den Weg stellt oder etwa die Einfahrt in einen verbotenen Weg vertritt. Wenn dagegen „andere Güter" des rechtwidrig Handelnden in Fällen außerhalb der Notwehr durch die Ver-

hinderung verletzt werden, so ist dieser Verhinderung auf Grund der Nötigungskollision keine Berechtigung zuzuerkennen.

So ist das Herabstoßen vom Rade, das die Gefahr einer Körperverletzung schafft und ein Interesse des Fahrers an seiner gesundheitlichen Unversehrtheit berührt, nicht mehr zu gestatten. Im Gegensatz zu der Notwehr, die den Angreifer in seiner gesamten Rechtssphäre betrachtet, stehen hier nur die konkreten Interessen zweier Interessenträger zu einander. In diesem Umfange ist die Nötigung als Eingriff in die Willensfreiheit gestattet.

Der so gekennzeichnete Grundsatz ist also als eine Rechtsfallösung mit John und Thon anzuerkennen. Er steht jedoch nicht notwendig in Verbindung mit § 240 StGB, etwa in Abhängigkeit davon, sondern hat mit diesem nur die Identität der beiden Güter oder Interessen gemeinsam, insofern als man auch in dem durch § 240 geschützten Gute die Fähigkeit des Rechtsgenossen erblicken muß, seinen Willen auf ein bestimmtes Handeln zu lenken und seine körperlichen und geistigen Fähigkeiten in der Richtung auf dieses anzuwenden. Irreführend ist an der an John anschließenden Theorie lediglich, daß sie zur Bezeichnung des einen und zwar des unterliegenden Interesses den Begriff der „Freiheit", d. h. der Handlungsfreiheit im allgemeinen anwendet, die in Wahrheit erst in Verbindung mit § 239 StGB geschützt ist und auch bei Verhinderung eines rechtswidrigen Verhaltens regelmäßig geschützt bleibt. Daß die Freiheit im Sinne des § 239 als die äußere Bewegungsfreiheit von der des § 240 als der Entschlußfreiheit sehr verschieden ist, dürfte kaum übersehen werden. (Dannenbaum 17). Näher liegt schon der Schluß aus § 127 StPO. Dieser ist aber positive, nicht ausdehnend auszulegende Gesetzesvorschrift. Sie schützt wie bereits betont, außerdem auch das staatliche „Strafrecht". Die Unmöglichkeit der logischen Folgerung, die die Theorie des „Rechtes auf das Verhalten" zieht und die auch Dannenberg nicht verkennt, führt diesen auch zu dem richtigen Prinzip, daß selbst das Interesse, eine geringe Rechtswidrigkeit zu begehen, in gewissem Umfange schätzungswert (besser schützenswert) sei. Und es ist selbstverständlich, daß die äußere Bewegungsfreiheit ein neues in dem Konflikt der Interessen des rechtswidrig Handelnden und des hindernden Dritten zu berücksichtigendes „Gut" (richtiger Moment) darstellt. Dannenbaum erkennt auch die „Notstands"qualität dieser Frage. So darf man nicht jemanden einsperren, um ihn an der Begehung einer rechtswidrigen Handlung zu verhindern außer wiederum im Rahmen der Notwehr oder anderer besondere Rechtsfälle.

Es erübrigt sich ein Schluß aus § 139 StGB (Bruck 58) da ein bloßes „Verhindern" aus dem dargelegten Grundsatz berechtigt ist, weitere Eingriffe aber durchweg durch die Notwehrbefugnis gedeckt erscheinen. Ein Schluß wäre auch nicht richtig, denn die Anzeige**pflicht** als eigener Haftungsgrund ist ganz etwas anderes als die rechtliche Schutzbefugnis. Das gleiche gilt von § 361 Z. 4 und § 360 Z. 10 StGB. (Vergl. Zimmermann G S 33, 606 f.)

Ganz unberechtigt ist aber die Ausdehnung auf unsittliche Handlungen (die für das positive Recht ganz ohne Bedeutung sind) Bruck 58; dagegen auch Buri (Zu den §§ 221. . . Abhandlungen 21).

§ 9. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen und Geschäftsführung ohne Auftrag.

Ein gesetzlicher Grund, der die Straffolge ausschließt und von einer „Berechtigung" spricht, ist der § 193 StGB: Die Erwähnung „berechtigter Interessen" darin führte allgemein zu der Zuteilung dieser Vorschrift zu den „Rechtfertigungsgründen", die ein Teil der Schriftsteller als solchen nur in den gesetzlichen Schranken des § 193 anerkannte, ein anderer als Ausfluß eines allgemeinen über die Grenzen der Vorschrift ausdehnungsfähigen Prinzipes ansah.

Für Rechtfertigung Birkmeyer 1170, Schütze Lehrbuch 369, Doer 63, Meyer - Allfeld 373, Kronecker G. S. 38, 494.

Daß die „Wahrnehmung berechtigter Interessen" auch ohne Rücksicht auf den Rahmen des § 193 eine allgemeine mit der Rechtswertung zusammenhängende Bedeutung aufweist, ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht zweifelhaft. Ebensowenig zweifelhaft aber, daß lediglich mit der Feststellung einer berechtigten Interessenwahrnehmung für den Rechtsinhalt garnichts gewonnen ist. Denn was das „berechtigte Interesse" ist, bleibt gerade die Frage, die aus § 193 ihre Beantwortung nicht findet. Gerade die Bezugnahme auf die „berechtigten" Interessen beweist, daß die Rechtswertung bei Anwendung des § 193 vorangegangen sein muß und daß es sich nur um eine teils sachliche, teils persönliche Erweiterung des Kreises von Wahrnehmungsberechtigten handeln kann. So muß sich denn auch die Literatur bei der Betrachtung der Vorschrift damit begnügen, auf andere Vorschriften hinzuweisen oder Erklärungen zu geben, die auf das allgemeine Prinzip hinweisen. Sie bezeichnet als solches ein Interesse „dessen Verfolgung die menschliche Gesellschaft billigt und dem daher das Recht auf seine Anerkennung nicht versagen könne" (Meyer = Allfeld 372);
ähnlich Schwartz 5b zu § 193 besonders interessant wegen der Kennzeichnung der Gefahr, die diese Anschauung mit sich bringt:

„Objektiv ist nur dasjenige Interesse berechtigt, dessen Verfolgung die menschliche Gesellschaft billigt und dem daher auch das Recht seine Anerkennung nicht versagen kann, das aber zugleich so wichtig ist, daß es selbst gegenüber dem Recht auf Achtung durchdringen muß".

Es ist außerdem bereits darauf hingewiesen worden, daß der Rechtswertungsgedanke nur durch die Formulierung „berechtigte Wahrnehmung eines Interesses" und nicht die „berechtigter Interessen" wiedergegeben werden kann. Es bedürfte also keiner besonderen Erwähnung der „Wahrnehmung berechtigter Interessen" bei der Beleidigung, wenn diese in dem gewöhnlichen „gerechtfertigten" (nicht rechtfertigenden!) Sinne gebraucht würden. Es handelt sich vielmehr bei dem § 193 StGB um eine aus dem Wesen der „Ehr"verletzung sich ergebende Durchbrechung des Strafprinzips, um einen Fall echten Notstandes, um eine exemplative keiner Auslegung fähige Ausschließung der Schuld, die ähnlich der Kollision von Leben und Leben im § 54 STGB bei der Kollision von Ehre und Ehre oder wenigstens auch anderen für die Rechtfertigung „unverhältnismäßigen" Gütern mit der Ehre eines anderen, die Strafbarkeit einer Beleidigung ausschließt. Wie § 54 den Notstand der Tat, so trifft § 193 den Notstand des Wortes oder ihm gleichgestellter Urteilsäußerungen, der mit Rücksicht auf die menschliche Natur, insbesondere das Eigenleben der menschlichen Gefühls= und Urteilsäußerungen und das innere Verhältnis derselben gerade zu der Ehre geschaffen ist.

Der § 193 StGB stellt somit einen „Schuldausschließungsgrund“ dar und kann daher für das Thema keine Bedeutung gewinnen. Es mag aber deswegen kurz auf die „Wahrnehmung öffentlicher Interessen“ eingegangen werden, weil das hierbei für § 193 StGB geltende Prinzip im Zusammenhange mit der Frage der individuellen Beteiligung an der Gemeinschaft zu lösen ist. Ob nämlich auch die Wahrnehmung allgemeiner Interessen durch § 193 getroffen wird, ergibt sich aus der Intensität des Verhältnisses des einzelnen zu dem „wahrgenommenen“ Teile der Gesamtheit. Dem Charakter der Ehrverletzung als Gefühlseingriffes entsprechend werden dann unter Berücksichtigung des heutigen Individual-Kollektivprinzips Verbindungen des einzelnen mit Ideen und idealen Vereinigungen natürlich in weit größerem Maße Gegenstand des Einzelinteresses sein können und als solche anerkannt werden müssen, als sei es einerseits bei den Rechtfertigungsgründen, andererseits insbesondere bei dem Notstand des § 54 StGB der Fall ist. Der Schuldausschließungsgrund des § 193 wird daher vor allem jeden auch zur Abwehr der sonst als „Rechtsgüter des einzelnen“ nicht anzuerkennenden Staatsehre notwendigen Eingriff in die Ehre eines anderen — es wird tatsächlich nur der Angreifer oder die dessen Interessenkreis angehörenden in Frage kommen — straflos machen.

Aus diesem schuldausschließenden Charakter des § 193 ergibt sich dann, daß der einzelne nur eigene Interessen wahrnehmen darf, nicht fremde, daß aber die Bestimmung der eigenen Interessen nicht nur unter Berücksichtigung der im § 54 StGB bezeichneten Personen, sondern darüber hinaus unter Beachtung der dem Gefühlsleben des einzelnen erwachsenden „Güter“ erfolgen muß. Der Interessenkreis der einzelnen wird damit verschieden sein; dem Politiker werden andere Interessen „eigen“ sein als dem unbeirrbaren Bürger; ein besonderer Umfang der Bestimmung für die Presse ist aber mit der weitaus herrschenden Literatur abzulehnen.

Häufig genug wird nun ein dem § 193 StGB unterfallender Tatbestand zugleich eine Rechtfertigung enthalten, dann nämlich, wenn bereits die Rechtsfallwertung zugunsten des Eingriffes in die Ehre entschieden hat. Wann das der Fall ist, ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen. Daß der Staat in seiner Existenz der Ehre des einzelnen gegenüber den rechtlichen Vorrang hat, wird nicht bezweifelt werden. (Ueber die Bedeutung der „Ehre“ unterrichtet die Literatur; sie sei hier kurz bezeichnet als das Maß der öffentlichen Anerkennung, die der Persönlichkeit eines Rechtsgenossen zuteil wird.)

Unter den übrigen Konflikten ist besonders hervorzuheben das Rügen öffentlicher Mißstände oder die Angabe von Delikten durch ein — damit notwendig verbundenes „Eingreifen in die „Ehre“ eines anderen. Hier wird immer unter Beachtung der „Erforderlichkeit“ zu sagen sein, daß eine in gutem Glauben (Böser Glaube ist Fall der Chikane!) an die zuständige Behörde rechtmäßig ist, ebenso die gerichtliche Strafanzeige gegen einen anderen. Der einzelne muß sich um des staatlichen Strafrechts willen nach positiven Gesetzen bei hinreichendem Tatverdacht starke Eingriffe in seine „Freiheit“ gefallen lassen, unter Umständen sogar längere Freiheitsentziehung in Kauf nehmen. Durch diese Vorschriften der StPO ist das Funktionieren des staatlichen Strafapparates zu einem Gut von erheblicher Bedeutung erhoben, das wichtigen persönlichen und öffentlichen Gütern vorangestellt ist. Der Ehrenschutz ist hier nicht als stärker anzusehen. Das aus § 127 StPO folgende dem einzelnen auch an dem Funktionieren der Strafrechtspflege ein

Interesse beilegende Recht zur Festnahme z. B. rechtfertigt die argumentatio ad minus auf die Berechtigung der Anzeige eines Verdachtes an die zuständige Behörde. Nur diese Voraussetzungen: Verdacht und Behörde müssen vorliegen. Dann aber ist es gleich, ob ein Delikt gegen den Anzeigenden oder gegen „die Allgemeinheit" vorliegt. Auch Beamtenverfehlungen fallen darunter. Eine Veröffentlichung in der Presse ist regelmäßig nicht berechtigt. Freilich ist sie nicht undenkbar, wenn etwa die amtliche Stelle die erforderlichen Ermittelungen nicht pflichtgemäß durchführt oder gar die bisherigen Aufdeckungen und Anzeigen zu vertuschen sucht.

Daß bei den hier genannten Abwägungen auch die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, hat das Reichsgericht in seiner neuesten grundlegenden Entscheidung über § 193 StGB mit Recht hervorgehoben, (RGSt 62, 92 ff.) Als solche erscheinen die Schwere des gegen den Ehrverletzten erhobenen Vorwurfes und das Interesse der Allgemeinheit an dessen Verfolgung im Verhältnis dazu, auch die Stellung des Verletzten in der Oeffentlichkeit. So wird der Vorwurf sittlicher Unregelmäßigkeiten, sofern sie nicht strafbar sind, etwa bei eimem Kassenbeamten, nicht mit gleicher Berechtigung der Oeffentlichkeit zur Kenntnis zu bringen sein, wie etwa bei einem Lehrer. Die Grundsätze des Reichsgerichts — und es befindet sich daher in vollem Einklang mit der hier angegebenen Meinung — sind als solche der „Interessenkollision", also des Rechtsfalles ausdrücklich bezeichnet. Daraus ist auch die Folgerung anzuerkennen, daß ein allgemeiner Grundsatz derart, daß „das Interesse an der Reinerhaltung der Politik" der Ehre eines anderen vorzuziehen sei, abzulehnen ist. Nicht zuzugeben ist bei der Entscheidung lediglich die Beziehung auf den § 193 StGB, der damit wohl als Grundlage der Entscheidung und als Sonderkollisionsnorm aufgefaßt ist.

Die Einbeziehung der „fremden, insbesonderen allgemeinen Interessen" erkennen an:

Berner 484, Lehrbuch, Birkmeyer 1170, v. Bülow G. S. 46, 271 ff. (Gute Kasuistik) Kronecker G. S. 38, 510 ff. Mayer Hugo 525 (für die „Ausführung von Rechten") u. a.

Den „Schuldausschließungsgrund" erkennt auch Rotering an (GS 62, 1 ff).

Auf das schärfste abzulehnen ist auch die Verwendung der „negotiorum gestio" für die Frage der Rechtswertung. Die §§ 679, 683 BGB, die hier herangezogen werden, regeln nur die zivilrechtlichen, d. h. einen prozessual verfolgbaren Anspruch gewährenden Folgen einer solchen Handlung. Sie schafft bestenfalls subjektive Rechte und Pflichten. § 683 sowohl wie sogar laut ausrücklichem Gesetzeshinweis § 679 setzen die rechtliche Wertung jedoch bereits voraus. § 679 spricht von einer „Pflicht des Geschäftsherrn". § 683 setzt nur Rechtsfolgen fest, ohne Rücksicht darauf, ob die tatsächliche Geschäftsführung rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Sie stellen damit aber nicht fest, daß die Erfüllung dieser Pflicht jedem anderen ohne weiteres gestattet wäre, sondern geben nur unter der Voraussetzung einer solchen Gestattung ein Recht auf Verwendungsersatz. Denn daß die Annahme eines Willens oder „der mutmaßliche Wille" des Geschäftsherrn, sofern er tatsächlich nicht vorhanden ist, eine Tat „rechtfertigt", wird doch wohl niemand ernstlich behaupten wollen. Hier wäre möglicherweise die Schuld ausgeschlossen. Aber wenn jemand das unartige Kind eines anderen prügelt, der gegen jede körperliche Züchtigung in der Kindererziehung ist, ohne daß dieser heute noch als Ausnahmefall erscheinende Umstand dem Täter bekannt ist, so handelt er

wegen dieser aus der allgemeinen Uebung vielleicht entschuldbaren Handlungsweise doch noch lange nicht rechtmäßig.

Dem Trugschluß aus § 679 BGB verfällt vor allem Zitelmann, der die „allgemeine Verbrechenshinderung" daraus außer dem Falle der Notwehr (114) für berechtigt erklärt. Die Rechtspflicht, die nach § 679 zu schützen ist, ist auch nach ihm „der Zustand des Gebundenseins" durch irgend eine beliebige rechtliche Norm", also die Bezeichnung der Rechtsunterworfenheit. Daß diese aber wieder mit der „objektiven Rechtswidrigkeit" zusammenhängt, sagt Zitelmann auch. Dann müßte aber zur Feststellung, daß ein Verhalten rechtmäßig ist, eine Pflicht, bezw. Befugnis vorausgesetzt werden. Außerdem ist aber schon mehrfach dargetan, daß zivile Haftung und negative Rechtswertung keineswegs zu harmonieren brauchen.

§ 10. Staat und Allgemeinheit im Rechtsfall.

Von dieser Kasuistik führt der Weg zu der allgemeinen Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der Verbrechenshinderung oder logisch richtiger in der Ausdrucksweise Albertis zu der privaten Unrechtshemmung. Schon die Fragestellung begegnet erheblichen Bedenken. Sie hat Berechtigung nur dann, wenn sie darauf ginge, jedes Mittel mindestens gegen den rechtswidrig Handelnden oder Versuchenden mit dem Ziele der Unrechtsverhinderung für anwendbar zu erklären, abhängig nur von der Intensität der Unrechtshandlung, also von der Erforderlichkeit der Hinderungshandlung. Die Gestattung einer Handlung allein unter der Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit zu einem Gegenhandeln kennt unser Recht jedoch nur im Rahmen der Notwehr. Diese ist aber nur als berechtigt erkannt worden aus der Verbindung des objektiven Gegensatzes von Recht und Unrecht mit einer subjektiven Beziehung des Handelnden zu dem zu schützenden Objekt. Die Verbindung ergab eine Umfassung auch der Staatsintegrität für die Notwehrberechtigung, aber den Ausschluß sonst allgemeinschützenden Handelns. Im Umfang der Notwehrberechtigung also gibt es eine Verbrechenshinderung und Unrechtshinderung, nicht aber darüber hinaus. Das ist auch das Ergebnis Bindings, das im wesentlichen als das heute herrschende anzusprechen ist:

(S. 757 Handbuch.) Unter Berücksichtigung der Anmerkung 22: „Notwehr Privater gegen feindliche Private (§ 90 StGB), Verräter von Staatsgeheimnissen bejahe ich"

„... so ist das Recht der Notwehr zugleich Verbrechenshinderung. Nun ist jede widerrechtliche Handlung Auflehnung wider das Recht (Gesetz!) Allein die Aufgabe der Verbrechensverhinderung muß sich der Staat selbst vorbehalten, und nur da, wo im Falle des gelungenen Angriffs ein „Verletzter" da wäre, der nicht mit dem Staate als Träger des Gesetzgebungswillens zusammenfällt, kann das Notwehrrecht begründet sein."

Außerhalb der Notwehr — und damit überhaupt — ist für die Verbrechens- oder Unrechtshinderung kein Raum. Die im übrigen auf alle Möglichkeiten eingehende und z. T. erschöpfende Abhandlung Albertis, die ein solches aus § 826 BGB folgern zu können glaubt, geht hierbei einen circulus.

Er sagt (39): „Es heißt — wer will dies bezweifeln? — vorsätzlich gegen die guten Sitten handeln, wenn ein Delinquent, um bei Durchführung seines Unrechts ungestört zu sein, durch Abwehrhandlungen denjenigen verletzt, der

das Unrecht hemmen will — und dabei, wohlgemerkt, die Grenzen des abstrakt erforderlichen einhält."

Gegen den zur Unterstützung herangezogenen § 214 StGB ist zunächst einzuwenden, daß er lediglich die Tötung betrifft und quasi die mangelnde Ueberlegung im Augenblicke der Tötung z. T. ausgleichen will mit der während der ausgeführten Tat. Im übrigen bedeutet unsittliches Verhalten noch lange kein Unrecht und gerade die Beschränkung der Schadensersatzpflicht, deren Vorhandensein nicht notwendig an ein rechtswidriges Verhalten geknüpft ist, auf den Vorsatz beweist, daß über den rechtlichen Wert der unter § 826 BGB fallenden Handlung nichts gesagt sein soll. Eine rechtliche Wertlosigkeit würde hier jedenfalls nicht aus der Sittenwidrigkeit, sondern aus dem negativen Charakter des Zweckmomentes folgen. Die Grundlage wäre etwa § 226 BGB, obwohl Alberti das ausdrücklich von sich weist. Nun wird man schon etwa von jemandem, der im Begriffe ist, eine Urkunde zu fälschen oder homosexuelle Unzucht zu treiben, wirklich nicht behaupten können, daß er dies nur tue, um den Hindernden zu schädigen. Der systematische Trugschluß aber ist folgender: Alberti will die Berechtigung der Hinderungshandlung aus der Widerrechtlichkeit der Reaktion **gegen diese** folgern, obwohl doch offensichtlich die Frage, ob die Reaktion widerrechtlich ist, sich aus der Antwort ergibt, ob die Hinderungshandlung als rechtmäßig anzusehen ist oder nicht.

Die Verwendung der zivilen Normen, die Ersatzpflichten konstituieren, geht eben, wie bereits bei der negotiorumg gestio gezeigt wurde, überhaupt nicht an. Die Vorschriften sind als kasuistische Lösung zu werten und zur Entdeckung der Prinzipien heranzuziehen. Unmittelbare Schlüsse aus ihnen aber müssen sehr vorsichtig aufgenommen werden. Es darf nie übersehen werden, daß das Zivilrecht eben die Anordnung von Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf das Werturteil vornimmt, während bei dem Strafrecht bezüglich desselben sauberste Arbeit zu leisten ist. Auch die Unrechtshemmung, von dem „sonstigen" Handeln im Interesse der Allgemeinheit unterschieden, ist also nichts weiter als ein Konflikt des Rechtsfalles einer, der gleichmäßig dafür oder dagegen entschieden werden kann!

Mit einem auch sachlich bedeutsamen Unterschied. Nämlich in der generellen Anwendung des Proportionalitätsprinzipes. Es würde ungerecht anmuten, wenn bei einer „allgemeinen" Unrechtshinderung ein unbeteiligter Dritter in gleichem Maße herangezogen werden dürfte wie der Unrechthandelnde selbst, wenn dem Abwehrenden, soweit überhaupt eine Abwehrhandlung berechtigt ist, die Wahl zu einem Eingriff gegen den Dritten in gleichem Umfange zustehen würde, wie gegen den Täter. Deshalb wird eine weitere Proportionalität im Sinne des Prinzips aus § 904 BGB dahin anzunehmen sein, daß bei der Hinderung eines unrechtmäßig Handelnden zuerst dessen Gütersphäre zu verletzen sein wird, und nur wenn der Eingriff in die Sphäre eines Dritten einen im Verhältnis dazu unverhältnismäßig geringeren Schaden erwarten ließe, ein solcher berechtigt sein soll.

Im übrigen bietet die Verbrechens- oder Unrechtshinderung gegenüber dem Rechtsfall überhaupt keine Besonderheiten. Damit ist das Thema, soweit es Wegweise geben sollte, für die Frage des allgemeinschützenden Handelns grundsätzlich erschöpft. Die Lösung selbst ist Kasuistik. Hier kann es also nur noch Aufgabe bleiben, die prägnantesten oder praktisch bedeutsamsten Fälle zu erwähnen.

Eine Unterteilung des Handelns im Interesse der Allgemeinheit ist etwa in dem Sinne H. v. Webers möglich: Kollision individueller mit allgemeinen Interessen und Kollision öffentlicher Interessen untereinander. Auch hier bleibt für das öffentliche Interesse der Ausgangspunkt der Staat im Sinne der Staatsintegrität. Da er die Form der Rechtsgemeinschaft ist, die Staatsgewalt die Form des Gemeinwillens, und da die Rechtsgemeinschaft die Spitze der Gemeininteressen ist, in Bestand und Wirkung unabhängig von dem einzelnen Rechtsgenossen, läßt sich unter Berücksichtigung allein des Wertverhältnisses der Satz rechtfertigen: Der Bestand des Staates ist das absolute Gut der Rechtsordnung. Ihm opfert der einzelne im Notfall, im Kriege oder in der inneren Staatsrevolution (als Soldat oder Polizist) tatsächlich sein Leben, um seinetwillen kann von Recht wegen auch die Aufopferung des Lebens ausdrücklich gefordert werden. Die Staatsaufgaben rechtfertigen möglicherweise das Verlangen nach Aufopferung der gesamten Gütersphäre des einzelnen durch ihn. Der Staat steht somit oberhalb der gesamten Rechtssphäre des einzelnen. Der Bestand des Staates steht auch über den „sonstigen" durch ihn bedingten und gesicherten Gütern der Allgemeinheit. Er ist der oberste Punkt über beiden nebeneinander laufendeu Aesten der Interessen, den individuellen und den kollektiven. Darin liegt aber noch keineswegs, daß jeder Rechtsgenosse befugt wäre, selbst bei „Erforderlichkeit" die „minderwertigen" Güter zugunsten des Staates aufzuopfern. Vielmehr bedarf hier erst einer gesonderten Betrachtung die Frage des Vorgehens der Interessen im Konfliktsfalle, dem sog. Staatsnotstand. Allgemeiner Grundsatz ist hier wie überall, daß erster Schadensträger stets der unmittelbar Betroffene ist und ein Eingriff in die Güter eines Dritten nur gestattet ist, wenn der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung gegen den dritten Interessenträger entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.

Das Wort „Staatsnotstand" wird in vielfacher Bedeutung gebraucht. Es ist schon hingewiesen worden auf dessen subjektive Form, nach der den Staatsorganen möglicherweise in Fällen der Existenzgefahr über rechtliche Eingriffe gegen die Rechtsgenossen erlaubt sein sollen. Diese Fälle scheiden als Fälle der formellen Legitimation ebenso aus wie die unzweifelhafter Berechtigung aus Art. 48 RV und Art. 55 Preußischer Verfassung.

Auch der vom Reichsgericht in seiner jüngsten Entscheidung (RGSt 63, 224) in Erwägung gezogene Staatsnotstand scheint eine quasisubjektive politische Größe darzustellen, derart, daß der einzelne etwa anstelle der Staatsorgane „zur Abwendung der aus der Notlage des Staates drohenden Gefahren" auftreten dürfe. Diese Definition aber umfaßt sowohl Notwehrhandlungen (die doch nach dem Reichsgericht „unbestreitbar" rechtmäßig sind und Fälle der Kollision. Dies gilt besonders von dem anschließend „kasuistisch" genannten Fall, daß möglicherweise der Bestand des Staates und seiner Landesverteidigung das höhere Rechtsgut ist gegenüber dem Leben des einzelnen. Wie bei der ganzen Notrechtslehre tritt hier der Fehler auf, daß man von der Situation ausgeht, in der sich ein Rechtssubjekt befindet. Diese Situation ist dann nicht auseinanderzureißen, eine einheitliche Lösung ist unmöglich und mit Rücksicht auf die Folgerungen der Extreme vernichtet man das gesamte Prinzip. Demgegenüber ist gerade hier noch einmal darauf hinzuweisen, daß nur das Verhalten des Rechtsgenossen zu beachten ist, und daß dies leicht geschehen kann im Hinblick auf die es beeinflussenden Interessen.

Insbesondere ist das Problem des Staatsnotstandes, besser des Kollisionsfalles von Staats- und anderen Interessen, von dem der Staatsnotwehr scharf zu unterscheiden. Freilich wird die für die Staatsnotwehr festgestellte enge Verbindung von Staat und einzelnem auch hierbei nicht wirkungslos sein; deswegen ist aber keineswegs ein Schluß auf gleiche Behandlung der beiden Fragen gerechtfertigt derart, daß eben der Staat als höchstes Gut allen anderen Gütern voranginge, seien es nun solche des rechtswidrigen Angreifers oder solche eines Dritten.

So birgt die Feststellung, daß der Staat ein „absolutes Gut" sei, daß er damit dem Leben des Rechtsgenossen überlegen sei, eben nicht die Folge, daß dem Staate das Leben des Rechtsgenossen — auch durch andere „von Rechts wegen" ohne weiteres zu opfern sei. Dies wird auch nicht etwa durch den Hinweis auf die Kriegspflicht des Rechtsgenossen bewiesen. Denn einmal besteht eine solche keineswegs unmittelbar von Rechts wegen bei allen Völkern. Weiter verlangt der Staat selbst mit dem Hinaussenden des Kriegers in das Feld gegen den äußeren Feind oder des Polizisten gegen unbotmäßige Rechtsgenossen von dem Bürger garnicht „das Leben", sondern vielmehr nur die „Gefährdung des Lebens", das Bestehen einer Lebensgefahr. Vor allem aber beruht hier das staatliche Verlangen auf Lebensaufopferung (oder die Möglichkeit dazu) auf einer positivrechtlichen ausdrücklichen Bestimmung, mit der Voraussetzung, gewisser Formalitäten, insbesondere einer formellen Legitimierung zum Lebenseingriff (Polizei, Henker).

Wenn Broglio demgegenüber ganz allgemein sagt: Das Wohl des Staates ist allen Rechtsgütern vorzuziehen (19), so bedarf diese Behauptung, selbst unter der Voraussetzung, daß die Existenz des Staates mit seinem „Wohl" gemeint ist, seinerseits noch immer einer Begründung.

Daß das Recht des Staates, von seinem Rechtsunterworfenen Aufopferung seiner „natürlichen Fähigkeiten" zugunsten der Genossenschaft zu verlangen, mit dem sog. Notstandsproblem eng zusammenhängt, daß es sich hier also nur um einen durch die Eigenart der gegenüberstehenden Interessen charakterisierten Rechtsfall handelt, heben schon die Schriftsteller des vergangenen Jahrhunderts hervor. (Levita, Abegg.) Es bleibt bei ihnen aber immer noch die Frage offen, wieweit der Staat mit seiner Forderung an das Individuum gehen kann. Auch hier werden sich für die Rechtsauslegung historisch und kulturell bedingte Unterscheidungen ergeben.

Der absolute Staat, der seinen „Untertanen" gar keine eigene Beziehung zum Staate läßt, sondern nur eine durch Normen, positive Vorschriften über Wohl und Wehe vermittelte, kann m. E., so unlogisch es auf den ersten Blick scheinen mag, von dem einzelnen die größten Opfer verlangen. Mit dem mangelnden Verantwortungsgefühl für die Rechtsgenossenschaft schwindet auch die Verantwortung für sich selbst. Das Bewußtsein der Persönlichkeit als Individuum und als staatsbewußtes Gemeinschaftsglied existiert nicht; statt dessen gibt es nur den „Bürger", dessen Verhältnis zum Staate durch das strenge „do ut des" Prinzip gekennzeichnet ist. Jede Leistung, sei es Gewährung der Lebensbetätigung oder Schutz dieses selbst berechtigt viel eher als Gegenleistung die Forderung auf Aufgabe dieser Güter, falls der Staat es braucht. Die Grenzen liegen allein in dem Vorhandensein rein nützlicher vitaler Interessen. Staat wie einzelner empfinden nicht die Abhängigkeit von einander für die ideelle Entwickelung. Erst das Bewußtsein

der Gemeinschaftlichkeit jeder Entwickelung schafft auch einen Eigenwert des Individuums vom Standpunkte des Staates, läßt die Gemeinschaft erkennen, daß sie eine eigene Handlungsfähigkeit, Schöpfungskraft und Entwickelungsfähigkeit nur durch die Individuen hat, die freilich ihrerseits in diesen Kräften durch Einfügung in die Gemeinschaft bedingt sind. Die soziale Reife verbindet mit der Gemeinschaftszusammengehörigkeit also auch eine Höherschätzung des Individuums. Daher wird auch der Staat den einzelnen nur in dem Falle der höchsten Notwendigkeit opfern und oft genug eigene Güter um der Rettung des einzelnen willen preisgeben. Die Anerkennung des § 54 StGB auch gegenüber der Verletzung des Staates ist allerdings ein Anhaltspunkt dafür. Das ist lediglich humane Rücksichtnahme auf die menschliche Natur.

Keine Zeit aber, die individualistisch-utilitaristische wie die sozialer Gereiftheit wie der kommunistische Kollektivismus werden ein unmittelbares Recht, eine materielle Berechtigung dafür einräumen, zugunsten des Staates in das Leben des Rechtsgenossen einzugreifen. Die Güterrelation zwischen Einzelleben und Staatsleben ergibt noch keine Unverhältnismäßigkeit zulasten des ersteren. Das Leben des einzelnen als irreparable Größe — gleichzusetzen ist ihm die Lebensentwertung (vergl. § 12) — darf vielmehr vom Staate nur angetastet werden auf Grund formeller Legitimation, mit der Gewähr einer autoritativen Feststellung über die genau umgrenzten Voraussetzungen des Notfalles. Das Menschenleben ist ihm sonst zu wertvoll, um selbst seiner eigenen Gefährdung hintangesetzt zu werden, wenn bei der Rettungshandlung nicht die Gewähr für eine objektive Feststellung vorliegt. Der Staat hat jederzeit die Möglichkeit, den einzelnen zur Aufopferung aller seiner Güter heranzuziehen; aber aus dieser Möglichkeit eben ergibt sich, daß die Heranziehung nicht eine allgemeine jedem zustehende Berechtigung sein kann. Die Kriegseinziehung und -führung bedürfte sonst ebensowenig eines Gesetzes, wie die Statuierung der Polizeipflichten. Das Menschenleben steht unter dem Schutze der formellen Legitimation.

Broglios Ergebnis ist also in vollem Umfange abzulehnen. Den Landesverräter darf ich nicht erschießen, wenn ein Unbeteiligter unzweifelhaft dadurch zu Tode kommen wird. Das Beispiel Broglios, das allerdings aus den hier gefundenen Ergebnissen unbillig erscheinen müßte, ist dagegen schief. Wenn ein Bauer den Landesverräter bei sich verbirgt, so genügt ein Wort von mir, um ihn darauf hinzuweisen, daß er einen Verräter bei sich hat. Wenn er ihn dann noch nicht freigibt, so begeht er einen eigenen zur Not**wehr** berechtigenden Angriff gegen den Staat.

Soweit daher in den „Feme"prozessen die Frage des Staatsnotstandes aufgeworfen worden ist, konnte sie für die Verteidigung der Angeklagten nicht von Bedeutung sein. In Frage kamen in den genannten Fällen nur Tötungen von Rechtsgenossen. Solche sind aber aus dem Gesichtspunkt des Staatsnotstandes „für den einzelnen unter keinen Umständen" gebilligt. Ein dahingehender Irrtum wäre unbeachtlich.

(Dasselbe Ergebnis vertritt neben dem Reichsgericht auch Radbruch Justiz XII/1929, 125 f vornehmlich unter Betrachtung der tatsächlichen Gesichtspunkte wie die Femeliteratur überhaupt.)

Die Frage der Femeprozesse darf nur vom Standpunkt der Staatsnotwehr geregelt werden oder von dem — einer besonderen Legitimation. Ob eine solche vorlag, ist Tatfrage.

Nur kurz im Zusammenhang damit mag noch auf einen Gedanken hingewiesen werden, der auch in Verbindung mit den Femeprozessen aktuell wurde, und, ohne daß hier auf die tatsächliche Berechtigung der Fragestellung für die „Feme" eingegangen werden soll, erwähnt werden soll: Sie fand polemisch folgende Fassung (Krückmann in „Deutsche Zeitung" vom 7. April 1929 — Nr. 81):

„Die Retter von damals erhielten den Staatsbestand durch die treue Erfüllung seines obersten ungeschriebenen Gesetzes, daß man heute leichtfertig vergessen hat, nachdem es seine Schuldigkeit tat. Derselbe Staat macht seinen Rettern heute die Hilfsmaßnahmen zum Vorwurf, die dieses ungeschriebene und heute mißachtete Gesetz forderte, dieselben Maßnahmen, durch die sie ihm damals das Recht und die Macht erhielten, mit denen er sie heute verurteilt."

Es ist die Frage, ob der Staat, der ein rechtswidriges (nicht nach Völkerrecht, sondern nach seinem eigenen Landesrecht!) Verhalten bewußt in der Erwägung, es handele sich dabei insgesamt um ein Verhalten, das seinen Interessen mehr nütze als zuwiderlaufe, durch seine Organe geduldet oder gar unterstützt hat, noch die Berechtigung hat, Rechtsfolgen an das Verhalten zu knüpfen, die die Rechtswidrigkeit voraussetzen. Wer die Strafe (nicht die Strafverfolgung) als ein dem Staat zu seiner Durchsetzung gegebene Befugnis ansieht, deren Anwendbarkeit mit ihrem Zwecke entfällt, wird ohne weiteres Straflosigkeit (ja vielleicht Rechtmäßigkeit) annehmen müssen. Ist jedoch die Strafbarkeit automatische und unverzichtbare Rechtsfolge, so wird die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit des Verhaltens durch Duldung der Staatsverwaltungsorgane nicht ausgeschlossen werden können. Hier könnte jedoch ein Ausschluß der Strafvollstreckung, die jedenfalls Verwaltungsrecht des Staates ist, als rechtlich n o t w e n d i g erachtet werden, ganz abgesehen von subjektiven Momenten. Auch das wäre Ergebnis der Haftungseinheit! Das ist wohl auch allein der Gedanke, den Rechtsanwalt Grimm in seinem Gutachten zu der Freilassung von Oberleutnant Schulz für die Femetäter in Anspruch nehmen zu können glaubt:

„Es gäbe im Leben der Völker Augenblicke, in denen die Forderung nach Amnestie über eine bloße Maßnahme politischer Klugheit hinauswachse und geradezu zu einer F o r d e r u n g des R e c h t e s werde."

Es ist schon angedeutet, daß die E x i s t e n z, sei es des einzelnen, sei es des Staates, eine Besonderheit gegenüber allen anderen Gütern derselben Skala bedeutet. Auf sie konzentriert sich deren gesamte Güterwelt derart, daß ihre Verletzungen im Verhältnis zu dem Existenzverlust als unverhältnismäßig minderwertig erscheinen. Die Skala der „unmittelbaren" Güter endet beim einzelnen mit der Spitze im Leben (dem man mit Recht auf Grund der organischen Beschaffenheit des Menschen die Lebensentwertung (schwere Körperverletzung und gewaltsame Geschlechtsverletzung bei der Frau) gleichgesetzt hat, die Skala der allgemeinen Güter ebenso in der Existenz des S t a a t e s. Das staatliche W o h l, das öffentliche Wohl sind keine derartigen Güter. Beide Existenzfragen nehmen gegenüber ihren Skalen eine solche Sonderstellung ein, daß ohne weiteres der Satz aufgestellt werden kann: Zur „Rettung" der Existenz ist jeder Eingriff in die Interessen, die nicht die Existenz der „Spitze" betreffen, g e r e c h t f e r t i g t. Jeder Eingriff in allgemeine Interessen also, der notwendig ist, damit eine die Staatsexistenz gefährdende Handlung abgewandt wird, ist rechtmäßig. Man denke beispielsweise an folgenden Fall: Einem Spion, der geheime Dokumente entführt hat und sie der Grenze zu führt, tritt ein Landesbürger mit einer Quittung gegenüber:

> Überbringer dieses ist berechtigt, die von . . . . abzuliefernden Dokumente für die XX. Regierung in Empfang zu nehmen. Ich ersuche um Überantwortung der Papiere.
>
> N. N., Regierungspräsident.

Der hier vorliegende Rechtsfall (es darf natürlich nicht die Möglichkeit eines anderen, etwa Notwehreingriffes vorliegen) ist dann dahin zu entscheiden, daß die in der Herstellung und Uebergabe der Urkunde liegende Urkundenfälschung als rechtmäßig anzusehen ist.

Das Gleiche muß etwa dann gelten, wenn zur Verhütung eines größeren Uebels ein Verbrechen gegen die Allgemeinheit, ja gegen den Staat begangen wird. Aber auch hier wird Unverhältnismäßigkeit zu fordern sein! Wenn z. B. jemand aus einem Geheimaktenbündel die Hälfte entwendet, weil er weiß, daß ein Verrat bezüglich des ganzen geplant ist und daß der Besitz der einen oder anderen Hälfte nutzlos ist und wenn er sich mit diesem Bündel auf den Weg in das feindliche Lager macht, um durch Abgabe die Möglichkeit zu erlangen, in das eigene Lager zu kommen und Nachricht von dem bevorstehenden Verrat zu geben, und ihn dadurch zu verhüten, weil etwa damit zu rechnen ist, daß der Verräter durch das Suchen der für ihn notwendigen zweiten Hälfte entsprechend aufgehalten wird, so wird man seinen Hochverrat als rechtmäßigen bezeichnen dürfen.

Es gehört ferner hierher die Verteidigung des Reichspräsidenten Ebert, als ihm wegen der Beteiligung am Munitionsarbeiterstreik 1918 Vorwürfe gemacht wurden: Er habe sich an die Spitze gestellt, um auf diese Weise das Chaos zu verhüten und die Verhandlungswege zu ermöglichen.

Endlich sind hierbei noch zu nennen Eisenbahnzerstörungen, Ueberschwemmungen zur Abwehr einer Staatsgefahr, aber auch der von einer Art „Judith“ begangene Ehebruch, der die feindlichen Heere an ihrer Aktionsfähigkeit hindert oder eine Homosexualität aus ähnlichen Gründen.

Nicht dagegen ist die Münzfälschung zugunsten des Staates und zur Abwendung einer ihm drohenden Gefahr berechtigt. Die Münzfälschung ist hier (vergl. § 6) als Eingriff in die Staats*integrität* skizziert worden. Ein Eingriff in die Stastsintegrität durch einen Privaten zugunsten des Staatsbestandes aber wäre Widersinn. Die Tscherwonzenfälscher hätten danach jedenfalls vom Standpunkt ihres Staates aus rechtswidrig gehandelt, wobei unter ihrem „Staate“ natürlich nicht das Sowjetregime, sondern Rußland als Staat zu begreifen ist. Der Frankenfälscherprozeß rollte dagegen andere Perspektiven auf. Während die Tscherwonzenfälscher russisches Geld fälschten, um „Rußland zu helfen“, ihm in seinem (angenommenen) Existenzkampf beizustehen, also abgesehen von dem Begehungsort ganz in ihren Landesgrenzen blieben, stellte Prinz Windischgrätz als Ungar französische Banknoten her, um dadurch dem *äußeren* Ansturm Frankreichs auf seinen Staat zu begegnen. Seine Tat ist also keine rein landesrechtlich zu beurteilende gewesen, sondern ging über die Grenzen Ungarns hinaus und traf einen fremden Staat. Hier hat daher die völkerrechtliche Betrachtung einzusetzen, und die Frage, inwieweit das Völkerrecht einem Staatsangehörigen das Recht gibt, zugunsten der Existenz seines Staates in die Sphäre der anderen einzugreifen. Windischgrätz wäre hier eine Art Franktireur, wenn die Ueberschwemmung eines Landes mit falschen Geldern, als formell gerechtfertigte Kriegsmaßregel anzusehen sein sollte. Sonst handelt es sich um einen außerkriegsrechtlichen „Bandenangriff“.

Nicht mit dem Staate ist auch hier bei der Betrachtung der aufopferbaren Güter zu identifizieren das Funktionieren des Staates, die „öffentliche Ordnung“ (Vergl. darüber § 6).

Wesentlich schwieriger ist die Entscheidung bei dem Gegenüberstehen von Staat und Individualsphäre. Daß zugunsten des Staates nicht in das Leben und nicht in die Lebenswerte eingegriffen werden darf (Lebensvernichtung und Lebensentwertung), ist schon hervorgehoben. Umgekehrt ist durch die Strafdrohung des § 360 Z. 10 angedeutet — eine unmittelbare Anwendung dessen ist nicht möglich, da § 360 Z. 10 polizeiliche Aufforderung voraussetzt — daß in gewissem Umfange auch persönliche Eingriffe im Interesse der Allgemeinheit zur Pflicht gemacht werden. Aus der Proportionalität des § 904 BGB in Verbindung mit Art. 153 RV ergibt sich weiter, daß ein Eingriff auch in das Privateigentum zugunsten des Staates stehts berechtigt ist. Eine positivgesetzliche Sonderbestimmung gibt ferner der schon erwähnte § 127 StPO, der das staatliche subjektive Strafrecht damit in seinem Werte umschreibt. Er ist ein besonderer Rechtsfall allgemeiner Bedeutung. So gibt Dannenbaum eine Auffassung, die bisher keinen Anhänger gefunden hat, deren Grundlagen aber unbedingt anzuerkennen sind. § 127 StPO gibt ein Festnahmerecht zugunsten des ertappten Fluchtverdächtigen. Die Beschränkung auf den Fluchtverdacht oder Unerkenntlichkeit hat dazu geführt, daß man § 127 als einer Ausdehnung nicht fähigen Fall des Schutzes des staatlichen (subjektiven) Strafrechtes angesehen hat. Nun ist zwar schon um dieser Voraussetzung willen die allgemeine Forderung Dannenbaums abzulehnen: „Um wieviel müsse dann die V e r h i n d e r u n g eines Verbrechens statthaft sein, wenn es mit den im § 127 StPO erlaubten Mitteln geschehen könne. Aber man wird über den Rahmen des § 240 StGB hinaus und des dort für anwendbar erklärten Prinzips für Delikte (§ 8), die Interessen von der Bedeutung des staatlichen Strafinteresses verletzen, Freiheitsberaubungen und leichte mit der Festnahme verbundene Körperverletzungen für erlaubt ansehen müssen. Das dürfte z. B. für Urkundenfälschungen gelten, von deren Begehung man etwa den Täter fortreißen und festhalten dürfte, nicht aber für z. B. Uebertretungen. Im übrigen ist die Zahl der Konflikte, in denen ein allgemeines Interesse bevorrechtigt wird, sei es gegenüber einem anderen öffentlichen, insbesondere staatlichem, oder gegenüber einem Einzelinteresse und in denen auch jedem Rechtsgenossen die Wahrung dieses Interesses gestattet ist, Legion, und es muß einer ausschnittweisen Kasuistik, deren Mannigfaltigkeit die Praxis schafft, überlassen bleiben, weitere Resultate hinzulegen, Resultate freilich, die mit Rücksicht auf ihre Abhängigkeit von unrechtlichen Maßstäben ohne rechtliche Begründung bleiben müssen.

§ 11. Die Selbstmordhinderung. Schluß.

Ein Sonderfall sei noch erwähnt, der, an der Grenze individueller und allgemeiner Gütersphäre, wenigstens unbedingte Klarheit in seiner Behandlung aufzuweisen hat. Das ist die Verhinderung des Selbstmordes. Er findet Erwähnung in der Literatur aller Jahrhunderte, und zwar schwankt seine rechtliche Beurteilung stets zwischen zwei Extremen (darüber im einzelnen Rupp). Die Zeiten primitiver Rechtsauffassung, insbesondere religiös-rechtlicher Vermischung verbieten den Selbstmord schlechthin als unsittlich und „daher" rechtswidrig. Sie knüpfen sogar die Straffolge an ihn oder doch den Versuch dazu, insbesondere Versagung der Beerdigung, aber auch Konfiskation des Vermögens usw. (Tragödie „Ajas" des Sophokles). Kirchenrechts-

widrig ist der Selbstmord auch heute, auch kirchlich strafbar (Codex canon 1240). Demgegenüber sind die Staatsrechte allmählich in der Behandlung des Selbstmordes nachsichtiger geworden. Besonders unter dem Einfluß des Liberalismus brach der Gedanke Bahn, daß der einzelne Herr seines Körpers sei und selbst über das Sein oder Nichtsein bestimmen dürfe. Man ging bis zur Lobpreisung des „Freitodes". Diese als Reaktion gegen die unter kirchlichem Einfluß im Mittelalter z. T. herrschende Verurteilung und Verfolgung des Selbstmordes als Verbrechen und Sünde zu begreifende Auffassung findet rechtlich ihre Begründung in dem Gedankengang, Selbstverletzung sei nie rechtswidrig, da das Recht nur das Verhältnis von Mensch zu Mensch regeln wolle und Halt zu machen habe vor dem Eigenwillen des einzelnen (Bauer 63 und die Literatur des 19. Jahrhunderts).

Heute darf man wohl als wenigstens juristisch allgemein vorwiegende Meinung ansehen, daß ein persönlicher „Vorwurf" den Selbstmörder unter keinen Umständen treffen kann. Damit entfällt jede Schuld und jede Strafrechtsfolge. Diese Wandlung ergab sich mit der Aenderung der strafpolitischen Gesichtspunkte überhaupt: Der Strafzweck, sei es Abhaltung oder Besserung, mußte in jeder Form einem Menschen gegenüber versagen, der das nach der Rechtsordnung höchste individuelle Rechtsgut aufzugeben gewillt war. Damit bekam die psychologische Seite des Selbstmordes das Uebergewicht. Man respektiert den Rechtsgenossen, der mit seinem Leben jede Anteilnahme an allen Gütern irdischen Lebens aufgeben will, mag er mit seinem Willen zum Ziele kommen oder nicht. Die subjektive Fragestellung des Selbstmordes aber — und hier ist die Sonde an seine Theorien anzusetzen — sagt noch nichts über die Wertung, entscheidet noch nicht darüber, ob das heutige Recht damit das Gut „Leben" aus der individuellen Einflußnahme ausgeschieden hat und dem einzelnen zur „freien Verfügung" überlassen wissen will oder nicht. Gerade hier aber gelangt auch für das Recht allmählich die ethische Auffassung zur Geltung, daß auch an der Person des Menschen und ihrer Erhaltung die Allgemeinheit ein Interesse habe, von dem einzelnen die Bewahrung des Lebens für die Gemeinschaft fordern dürfe. Daß freilich der Selbstmord hart an der Grenze der rechtlichen Einflußfähigkeit und damit des individuell-kollektiven Gedankens liegt, ist selbstverständlich. Einem Menschen, der das oberste Naturgesetz der Selbsterhaltung aus Gründen, die dem anderen Menschen nie offenbar werden können, außer Acht läßt, ist eben das rechtliche Gebot nur eine unbeachtliche Farce, die in keinem Falle mehr wirken wird als der Trieb der Natur. Freilich geht es hier nicht an, den Selbstmörder einfach für unzurechnungsfähig zu erklären, solange wir nicht einen restlosen medizinischen Beweis von einer notwendigen Unzurechnungsfähigkeit haben. Ebensowenig kann für die rechtliche Beurteilung entscheidend sein, der Vorwurf der Pflichtverletzung Unterhaltsberechtigten gegenüber. Die Frage kann nur lauten: Besteht vom Standpunkte des Rechtes aus für den einzelnen im Interesse der Allgemeinheit und Pflicht zur Erhaltung seines Lebens unter allen Umständen, wenigstens soweit eine Tätigkeit seinerseits in Frage kommt (und bei Bejahung dieser Frage ergibt sich dann möglicherweise als automatische Folge, daß auch Unterhaltspflichten verletzt werden?) (Das Unterlassen einer lebensrettenden Operation ist auch im Sprachgebrauch niemals Selbstmord). Diese Frage ist vom positiven Recht unbedingt bejaht, nicht zuletzt aus der Strafbestimmung des § 216 StGB, der durch die Bestrafung der Selstmordbeihilfe und -anstiftung in den Entwürfen noch stärker gerecht-

fertigt wird. Diese Rechtswidrigkeit entspringt historisch und politisch der heute herrschenden und hier bereits mehrfach gekennzeichneteu Auffassung von den Rechten und Pflichten des einzelnen gegenüber der Allgemeinheit. Selbstmord ist also rechtswidrig, d. h. es besteht eine Rechtspflicht, ihn zu unterlassen. Aus dieser Rechtswidrigkeit bestimmt sich dann der Umfang einer Hinderungsbefugnis. Daß eine solche wenigstens im „Rahmen des § 240 StGB" besteht, (§ 7), ergibt sich aus der Feststellung der Rechtswidrigkeit; die Berechtigung ist aber praktisch gering. Die normalen Fälle der Selbstmordverhinderung (Goldschmidt Fälle Nr. 6) enthalten durchweg geringere oder stärkere Freiheitsberaubungen oder Körperverletzungen. Der Umfang ergibt sich hier einmal aus der überragenden Stellung, die das Leben als „Rechtsgut" einnimmt, dann aber aus der bei der Notwehr bereits geschilderten Verhaftung der Rechtssphäre des einzelnen für die Folgen seines Tuns zugunsten der Allgemeinheit. Schillers Wort, daß das Leben der Güter höchstes nicht sei, hat vor dem Rechte jedenfalls bei Beurteilung der eigenen individuellen Sphäre des Menschen keine Geltung. Das Leben ist für die Erkenntnis noch Wunder. Solange es nicht gelungen ist, das Wesen der Beseelung zu ergründen, den Unterschied des organischen und anorganischen Körpers zu entdecken, solange gibt es für das Recht nur ein von der Rechtsgenossenschaft unlösbares und einzigartige Gut, das Leben des Rechtsgenossen.

(So auch Knetsch 31, Mezger 79: „Der Einwand, es sei das Leben der Güter höchstes nicht, greift hier nicht durch. Es mag Berechtigung besitzen, soweit das individuelle Leben in Frage steht; aber das Recht bezieht sich ja von vornherein auf das *soziale* Leben. *Wir* setzen damit die soziale Lebenserhaltung und Lebensentwickelung als obersten Zweck des Rechtes. Das „Leben" ist die „Form" eines jeden Wertes auch des Rechtswertes.")

Zu dessen Rettung ist dann die Vernichtung von allem gestattet, was im Verhältnis dazu minderwert ist und unter Berücksichtigung des im § 904 BGB niedergelegten Proportionsprinzips. Dabei ergibt sich aber folgende Schwierigkeit. Die regelmäßig am Leben des einzelnen bestehenden (allgemeinen wie individuellen) Interessen sind mit gutem Grund *allen* anderen individuellen voranzustellen. Das wird man aber nicht ohne weiteres von dem lediglich öffentlichen Interesse am Leben eines „Selbstmordkandidaten" behaupten können, wie auch der geringe Strafrahmen des § 216 StGB gegenüber 211 StGB und die Selbstmordvorschriften der Entwürfe beweisen. Vielmehr werden hier insbesondere Eingriffe in die Gütersphäre eines Dritten in wesentlich geringerem Umfange zu gestatten sein, als zugunsten eines in Lebensgefahr befindlichen Lebenswilligen. Denn wenn das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Lebens eines Rechtsgenossen auch nicht in seinem *Bestande* bedingt ist durch das individuelle, so ist es doch hierbei in seinem *Umfange* insofern davon abhängig, als beim Mangel des individuellen eben nicht das **Leben** des Rechtsgenossen mit den Gütern eines Dritten kollidiert, sondern nur das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Lebens.

Die auf diese Weise eintretende „Wertminderung" des Rechtsgenossen greift aber selbstverständlich nicht durch, sofern die Rettung des individuell wertlosen Lebens Eingriffe in die Güterwelt des Selbstmörders nötig macht. Hier tritt auf Grund der Zusammenfassung der gesamter Güter des einzelnen zu einer Haftungseinheit gleichsam eine gleichzeitige Wertminderung *aller* Güter ein, sodaß deren Verhältnis unberührt bleibt und nur das Verhältnis zu anderen entsprechend verschoben wird. In der eigenen Gütersphäre des einzelnen

ist also zur Rettung des Lebens jeder Eingriff lediglich unter Berücksichtigung der allgemeinen Güterskala und des Proportionsverhältnisses gestattet, wie zur Rettung eines Lebenswilligen. Damit ergibt sich für den Retter des Selbstmörders die Berechtigung zur Freiheitsberaubung, also zum gewaltsamen Festhalten des Ertrinkenden, aber auch zu einfachen Körperverletzungen, Eigentumszerstörungen usw. so weit nur immer allein Güter des Selbstmörders in Frage stehen und die Eingriffe erforderlich sind. Dagegen darf nicht etwa jemand, der einmal Selbstmordabsichten geäußert hat, sofort für lange Zeit von jedem eingesperrt werden.

Die Frage, wann gegenüber einer Lebensvernichtung eine „proportionale“ (also berechtigte) Körperverletzung vorliegt, mag hier nur dahingehend skizziert werden, daß ein Unterschied von Lebensentwertung und Körperverletzung zu beachten ist. Zweifellos ist das Leben eines Blinden aus dem oben angedeuteten Gedanken „mehr“ wert als der Tod. Dennoch wird bei einer derartigen Lebensentwertung die Proportionalität als so gering anzusprechen sein, daß zur Rettung des Lebens gegen einen anderen niemals ein zu einer Erblindung führender Eingriff erfolgen darf. Im übrigen ist der Begriff der Lebensentwertung Tatfrage. (Vergl. hierüber Janka 200 ff.)

Die so bezeichnete Lösung der Verhinderung des Selbstmordes erscheint mir die einzig mögliche. Daß jemand, der einen Selbstmörder hindert, straflos bleiben muß, ist bei unbefangenen Beurteilern immer wieder rechtsgefühlsmäßig anerkannt worden.

Dennoch haben in der Literatur Männer wie Liszt-Schmidt die Selbstmordverhinderung für rechtswidrig, ja sogar auch nach § 240 StGB für strafbar erklärt. Diese Meinung ist dogmatisch dann verständlich, wenn man den Selbstmord als rechtmäßig, sei es auch unsittlich oder rechtlich „indifferent“ auffaßt. Für rechtswidrig erklären den Selbstmord und folgen dem Text: Kohler Goltd. A. 49, 6; M. E. Mayer Allgemeiner Teil 290; Merkel-Liepmann 189 f. („psychologischer Charakter“), Nagler 317, Schütze Teilnahme 289, K. Wolff 190: „Insoweit eine Pflicht der Sicherheitsbehörden besteht, Selbstverletzungen gewisser Art, z. B. Selbstmorde, hintanzuhalten, ist damit der betreffende Erfolg für rechtswidrig erklärt“ (Wohl ein Umweg). Für unsittlich halten den Selbstmord Berner Lehrbuch 98, Bollag 174, Bruck 59, Zitelmann 116.

Die Rechtmäßigkeit des Selbstmordes behaupten Hälschner preuß. 241, deutsch 418; Meyer-Allfeld 142, Leipziger Kommentar 11, Schwartz § 240 Anm. 3, Waechter, deutsches Strafrecht („keine Rechtspflichten gegen sich selbst“). Seine rechtliche Indifferenz gibt Stern GS 60, 454 an.

Entsprechend halten den Selbstmord für strafbar Bähr 50 Anm. 38, Baumann 51, Bollag 174, Liszt-Schmidt 527, Oppenhoff-Delius § 240 Anm. 3, Schwartz Anm. 3 zu § 240 StGB, Stern GS 60, 455.

Für Straflosigkeit treten insbesondere ein Goldschmidt, Notstand 187 mit fast gleicher Begründung wie der Text: „Es ist neben dem Recht, zwecks Nothilfe in Sachgüter und untergeordnete Verwaltungsinteressen einzugreifen, anzuerkennen das ärztliche Recht zur medizinisch indizierten Perforation . . . sowie ein allgemeines Recht, zweckes Nothilfe (darin liegt der Unterschied) in persönliche Güter der Gefährdeten selbst einzugreifen, selbstverständlich nur bei überwiegendem Interesse (schon deswegen könnte doch keine Nothilfe vorliegen!) beim Selbstmord auch gegen das Interesse des Selbstmörders.“

Löffler Rechtswidrigkeit 27, Kohler a. a. O. Zimmermann 32, 33, 606, Bruck, Buri a. a. O. Lilienthal Z. 20, 446.

Die Lösungen Zitelmanns aus § 679 BGB und Buris (S. 116 bezw. 22), der eine „nachträgliche Zustimmung“ annimmt, bringen Voraussetzungen, die für

das Rechtsurteil ausscheiden müssen. Die Verhinderung des Selbstmordes muß, gleich ob von einem Polizisten auf Grund der formellen Legitimation des § 10 II 17 ALR oder von einem Privaten vorgenommen, nicht nur straflos, sondern als unabhängige Tatsache rechtmäßig sein.

Richtiges und Falsches mischt auch Lampson, der grundsätzlich mit den Argumentationen des Textes übereinstimmt, den Selbstmord für rechtswidrig hält unter besonderem Hinweis auf § 216 StGB und auch „ein Recht des Staates an seinem Bürger" (29) in Betracht zieht. Die spezielle Berechtigung aber schöpft nun Lampson nicht aus dem Gütervergleich, sondern aus dem „Schuldigsein" vielen — einzel bestimmbaren — Mitmenschen, insbesondere Unterhaltsberechtigten und den dann durch den Selbstmord verletzten Pflichten. Schließlich stellt L. dann seine Argumentation auf die subjektive Seite um (des Hindernden) und kommt auf das verschwommenste Gebilde unserer Rechtstechnik überhaupt, den „Mangel des Rechtswidrigkeitsbewußtseins". Bei der Entschiedenheit, mit der L. richtig für die Straflosigkeit des Hindernden eintritt, müßte für diesen Mangel wohl eine gesetzliche Fiktion bestehen. Oder sind Juristen von solcher Tat ausgeschlossen?

Ls. Lösungen ergeben sich aus seinem Ausgangspunkt: Der Notwehr! Und so wird seine Erkenntnis, „man könnte doch nicht das öffentliche Interesse als schutzfähiges Gut ansehen", begreiflich. Die „Nothilfe" wäre freilich „banal"; hier liegt vielmehr ein voraussetzungsloser Konflikt vor, ein Konflikt von Allgemeinheit und einzelnem und die Erklärung, daß hier ein Handeln im Interesse der Allgemeinheit ein Verhalten, das „prima facie" rechtswidrig erscheint „rechtfertigt".

Damit ist die Kasuistik erschöpft. Aber keineswegs das Thema. Dessen Erledigung muß, wie bereits betont, der Praxis überlassen bleiben. Und wer gehofft hat, durch diese Arbeit einen neuen „Rechtfertigungsgrund" umschrieben und klar dargelegt zu erhalten, der „Handeln im Interesse der Allgemeinheit" genannt werden müßte, wird sie unbefriedigt beiseite legen müssen.

(Schück 6; der Begriff ist übrigens in ähnlicher Formulierung bereits in der Literatur erschienen. Heimberger Ausschluß der Rechtswidrigkeit 396: „In der italienischen Praxis taucht die Frage auf, ob eine an sich strafbare Handlung dann ihre Strafbarkeit verliere, wenn die Handlung dem gemeinen Nutzen, dem öffentlichen Wohle diene.")

Es kann aber — damit haben die Darlegungen der Arbeit begonnen und es kann nicht häufig genug darauf hingewiesen werden — gar keine „Rechtfertigungsgründe" geben, selbst wenn man ihnen keine systematische Bedeutung beimißt. Vielmehr sind alle sog. Rechtfertigungsgründe nur Anwendung des allgemeinen Rechtsfallprinzips, das heißt die Aeußerungen jener im § 904 BGB zum Ausdruck gebrachten Wertproportionalität. Sofern sie in den **Gesetzbüchern** erscheinen und nicht nur in der Literatur, besitzen sie den Anschein eines Rechtfertigungsgrundes; in Wahrheit aber treten sie enumeriert nur dort auf, wo über die Grenzen der Rechtfertigung hinaus in dem gleichen „materiellen" Rahmen ein Schuldausschließungsgrund geschaffen werden soll. Unser Gesetzgeber ist daher viel folgerichtiger verfahren, als allgemein angenommen wird. Er hat nicht willkürlich Rechtfertigungsgründe aufgeführt und andere fortgelassen. Allein die ausdrückliche Erwähnung der Notwehr (und des in diesem Rahmen passenden § 228 BGB mit ebenfalls einer Art Haftungserweiterung) als eines über die Wertproportionalität hinausgehenden Institutes bedurfte und fand eine Erwähnung. Auch das Handeln im Interesse der Allgemeinheit wäre nichts weiter als ein mehr oder minder willkürliches Zusammenfassen mehrerer Einzelfälle unter

einer Bezeichnung als „Rechtfertigungsgrund". Aber nur in seiner rechtspolitischen Betrachtung. Hier ist als gemeinsamer Kern der Gedanke erkannt, inwieweit der einzelne nach der Meinung des Gesetzgebers teilhaben soll an dem Leben der Gesamtheit. Die Hinweise, die dabei allein für die Lösung zu bieten sind, glaube ich gegeben zu haben. Und diese Hinweise haben einen Gedanken garnicht mehr so absurd scheinen lassen, den Oetker (G S 97, 412) kürzlich aufgedeckt hat. Den Gedanken eines Staatsnotstandes im regelrechten Sinne. Die unmittelbare Anwendung des § 54 ist zwar unbedingt abzulehnen. (Schück) Sie mag auch noch ein wenig Zukunftshoffnung bergen. Aber der darin zutage tretende Satz: Die Staatsnot rufe ein Tua res agitur, civis! bringt den Gedanken immer näher, der schon einmal in uralter Zeit geherrscht hat aus ungefälschtem Glauben und Vertrauen auf die Rechtsgenossenschaft. Wenn das letzte Ziel des Rechtes ist, die Interessen der Rechtsgemeinschaft die des einzelnen sein zu lassen und des einzelnen die der Gemeinschaft. Das „Tua res agitur" ist erst ein Schritt dazu; aber er ist ein Haltepunkt, über den es keinen Zurückfall mehr geben wird, der Ausgangspunkt sein wird und mag zu neuen Besteigungen. Für die letzte Lösung der praktischen Rechtsfragen freilich, die die Arbeit unternommen hat, muß das Wort Berners gelten, daß immer wieder gesagt werden sollte gegenüber den Versuchen, in der Frage, der Rechtswertung zu einer gleichen Klarheit zu kommen, wie bei der Feststellung der Rechtsfolgen, die häufig genug sich in technischer Subsumption erschöpfen kann:

> „Wer den ethischen Boden so wenig kennt, daß er nur durchschneidende mathematische Linien als Begriffsgrenzen anerkennen will, wird sich mit der Rolle eines Kritikers begnügen und auf die produktive Tätigkeit verzichten müssen."

(Gutachten für den Deutschen Juristentag 1876 § 3 — zit. nach Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht 529).

Für den tiefer Denkenden wird diese etwas resignierte Erkenntnis aber keineswegs bitter sein, nicht Verzweifelung und Abkehr von der Beschäftigung mit der Rechtswertung bedeuten. Denn die Erkenntnis dieser Probleme deutet mit Sicherheit darauf, daß es eine „richtige" Entscheidung in der Wertung geben m u ß, und wessen Glaube durch die Erkenntnis nicht zerschlagen, sondern geläutert wurde, der weiß, daß es eine letzte Entscheidung g i b t. Und er verlegt die Resignation nicht in das behandelte Objekt, sondern in den behandelnden Beobachter. Seine Aufgabe wird es dann, mit eigener und vorgeschaffter Kraft die Fehlerquelle auf ein Minimum zu beschränken und die großen allgemeinen und kleinen besonderen Grundsätze der Rechtswertung gleichermaßen immer weiter und damit dem Ziele näher aufzudecken. Wenn diese Arbeit auf der genannten Grundlage eine Anregung gegeben hat, so hat sie ihren Zweck voll erfüllt. Ist es nicht der Fall gewesen, so waren die Mittel des Beobachters eben nicht scharf genug. Mag das Recht diesen Mangel nicht entgelten müssen.

Lebenslauf

Ich, Gerhard, Friedrich Kurt Lowack wurde am 24. Mai 1907 in Gleiwitz, Oberschlesien als Sohn des Chefexpedienten Fritz Lowack und seiner Ehefrau Maria, geb. Zollna geboren. Ich bin evangelischer Konfession.

Von April 1913 ab besuchte ich die städtische Vorschule und von April 1916 ab das Staatliche Friedrich-Wilhelm-Gymnasium in Gleiwitz, das ich im April 1925 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte sodann an den Universitäten in München, Berlin und Breslau die Rechts- und Staatswissenschaften. Am 27. September 1928 bestand ich meine erste juristische Staatsprüfung und wurde am 8. Oktober 1928 zum Referendar ernannt. Ich wurde zunächst dem Amts- und Landgericht in Breslau und sodann dem in Gleiwitz zur Ausbildung überwiesen.

Am 27. Februar 1931 bestand ich an der Universität Breslau das mündliche Doktorexamen. Zur Zeit befinde ich mich zu meiner weiteren Ausbildung bei dem Kammergericht in Berlin.